

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les garanties contractuelles dans le commerce international

Poullet, Yves

Published in:

Droit et Pratique du Commerce International

Publication date:

1979

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1979, 'Les garanties contractuelles dans le commerce international', *Droit et Pratique du Commerce International*, VOL. 5, Numéro 3, p. 387-442.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les garanties contractuelles dans le commerce international **

Yves POULLET *

I. PRINCIPE ET TECHNIQUE DES GARANTIES CONTRACTUELLES

*Contractual Guarantees
in International Trade:*

1. Les institutions juridiques ne sont pas le fruit mort-né d'une décision de l'autorité. Au contraire, elles s'enracinent dans la vie économique et sociale. C'est cette dernière qui, suivant ses propres besoins, en dessine les contours et en cherche indéfiniment la traduction toujours imparfaite en textes de lois. L'erreur du juriste est de croire que l'institution n'a pas de vie, qu'elle est hors du temps et de prendre, dès lors, le succédané légal comme définitif.

A truism: Legal techniques are not stillborn by authoritative decisions but reflect and evolve indefinitely according to current economic and social needs in order to translate always imperfect texts.

Le rappel de cette vérité est nécessaire pour la compréhension de l'évolution des techniques de sûretés personnelles et ce particulièrement dans le commerce international¹. Celui-ci a vu naître en effet une nouvelle forme de sûreté personnelle souvent qualifiée de « garantie ». Quelle est dès lors la fonction originale propre à une telle sûreté et qui impose une réglementation juridique nouvelle ?

A. — FONCTION ORIGINALE DES GARANTIES CONTRACTUELLES DELIVREES PAR LES ORGANISMES FINANCIERS DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

2. L'exemple typique de garantie contractuelle est le suivant : « Un entrepreneur belge est intéressé par un

A typical example of the function of contractual guarantee extended by financial institutions for international trade is where a Belgian company (prin-

* Assistant à la Faculté de droit de Namur.

** Cette étude a fait l'objet d'une conférence donnée à la Chambre de commerce de Bruxelles, le 18 octobre 1978, sous les auspices des services inter-bancaires - inter-entreprises.

1. Nous aurons l'occasion de souligner que les mêmes besoins aboutiront dans le commerce national à la création de garanties bancaires du même type que celles délivrées dans le commerce international (à ce propos, voir *infra*, n° 3, note 9).

cial) bids for a turn-key contract in a developing country. The foreign purchaser (beneficiary) not only wants to ensure the financial solidity of the tenderer but also proper contractual performance. A well-known bank or financial institution (guarantor) can provide these guarantees.

Initially, the financial institutions simply deposited cash or securities at the beneficiary's bank. Not only were these deposits subject to seizure at the beneficiary's first demand, but the cost to the client and its bank was too burdensome. Bank guarantees replaced these cash or security guaran-

contrat de fournitures d'installations industrielles complètes² dont le projet est présenté par le gouvernement d'un pays en voie de développement. Ce dernier entend être assuré du sérieux, non seulement de l'offre de contracter, mais surtout de la bonne exécution du contrat. Cette exigence d'une garantie s'explique d'autant mieux que, dans les relations internationales, le contractant étranger connaît mal la surface financière de son interlocuteur belge.

L'intervention, comme garant, d'une banque ou, de façon plus large, d'un organisme financier³ bien connu se révèle donc particulièrement appropriée. C'est pourquoi, le contrat ou le projet de contrat exigera souvent que l'entrepreneur ou le fournisseur obtienne la garantie d'un organisme financier de premier ordre.

3. Historiquement, l'intervention de tels organismes financiers prenait la forme de dépôts en espèces ou en titres⁴ auprès de la banque du bénéficiaire. Ces dépôts étaient, de ce fait, saisissables à la première demande du bénéficiaire⁵, mais représentaient pour le client de la banque et la banque elle-même, une immobilisation de fonds longue et coûteuse. Si la délivrance de sûretés personnelles à la place de telles sûretés réelles⁶ satisfaisait donc les exigences de la banque et de son donneur d'ordre, encore fallait-il que cette délivrance réponde aussi aux vœux des bénéficiaires qui risquaient de se voir privés

2. Sur cet exemple, lire Kopelmanas L., Les garanties bancaires de bonne fin... in Festschrift für J. Bärmann, 553 et s.

3. Il s'agira, outre les banques, principalement des compagnies d'assurances (cf. à ce sujet, notamment Pleyer K., Die Bankgarantien..., W.M., 1973, p. 6; Schinnerer E., Neue Wege zur Regelung..., in Festschrift für Hammerle, 1972, p. 325, et Eisemann F., Arbitrage et garanties contractuelles, Rapport...). Harfield (Bank Credits and Acceptances, pp. 154 et ss.) souligne que la délivrance des garanties est aux Etats-Unis surtout le fait de ces dernières.

Notons toujours à ce propos que le premier projet de la CCI n'évoquait que les garanties bancaires. Ce n'est que progressivement que les rédacteurs ont étendu le champ d'application à l'ensemble des « garanties contractuelles », qu'elles soient délivrées « par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie » (texte des Règles et Usances de la CCI, brochure n° 325, art. 1 doc. n° 460/228-470/329).

4. Ce que les Sud-Américains avaient coutume d'appeler la « boleta de garantía ». Pour la description du mécanisme de ces diverses sûretés réelles, lire Jackson, Contract guarantees abroad, J. of Inst. of Bankers, 1958, pp. 104 et ss.

5. Cf. à ce propos, les références reprises par Pleyer, Die Bankgarantien, W.M., 1973, p. 7.

6. Il est à remarquer que dans certains contrats, les bénéficiaires prennent parfois soin, aujourd'hui encore, de stipuler qu'ils peuvent à tout moment exiger un dépôt de fonds en substitution de la sûreté personnelle.

du recours facile que leur offrait le mécanisme du dépôt. L'institution de la garantie « à première demande » devait permettre de répondre adéquatement à l'objection possible des bénéficiaires⁷.

Ce raisonnement est valable tant dans le commerce international que dans le commerce national, lorsque les bénéficiaires sont des administrations publiques. La garantie « à première demande » en faveur de l'administration nationale a elle aussi remplacé la pratique coûteuse des « cautionnements » administratifs, sûretés réelles⁸. Si les réflexions qui suivent peuvent donc légitimement être appliquées aux garanties à première demande du commerce national⁹, nous n'évoquerons cependant celles-ci qu'occasionnellement.

4. Avant de décrire plus complètement la technique de la garantie « à première demande », donnons le schéma général propre à l'ensemble des sûretés personnelles délivrées dans le commerce international. L'octroi de

tees. This substitution satisfied the requirements of the principal and its guarantor but not the foreign beneficiary. The introduction of the first or simple demand bank guarantee satisfied the beneficiary's security requirements.

Before examining these guarantees in detail, the general scheme of international trade guarantees

7. Cette idée est reprise par de nombreux auteurs qui y voient d'ailleurs une justification de la validité de la garantie à première demande, ainsi, Auhagen U., Der Garantie einer Bank..., p. 39; Lieseke K., Rechtsfragen, W.M., 1968, p. 22; Kopelmanas L., Les garanties bancaires de bonne fin d'exécution..., p. 553; Schinnerer E., Neue Wege zur Regelung..., p. 325 : « La garantie bancaire est offerte à la place d'un tel dépôt de fonds ».

A noter dans la jurisprudence, l'attendu du jugement du tribunal de Francfort du 16 octobre 1962 (NJW, 1963, p. 45) : « Puisque l'engagement de la banque de payer à première demande le créancier de son client doit autant dans le commerce allemand qu'international remplacer la mise en dépôt d'une somme d'argent ou la remise de traites en gage, ».

8. Nombre de réglementations prévoient en effet que « le cautionnement (remarquer l'identité de dénomination) peut être constitué en numéraire ou en valeurs (sûreté réelle), il peut aussi consister en la caution solidaire d'une banque ou d'une compagnie d'assurances » (art. 9 de l'Arrêté royal belge du 30 juin 1966 relatif au statut des agences de voyage). A propos de ce point, lire RPDB, v° Cautionnement administratif, n° 59 et ss. et la doctrine italienne : Ravazzoni A., Nuove riflessioni sulle cauzioni fideiussorie, Assic., 1973, 543; du même auteur, Le c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie, in Portale (a cura), Le operazioni bancarie, T. II, Milano, 1978, 1035 et ss.; Fragali M., Recente indirizzi sulla natura dell'assicurazione fideiussoria, B. Borsa e Tit. di Cred., 1972, 1, 515, etc.; voir aussi l'attendu du LG Francfort, cité note 7 in fine.

9. Pour cette application, nous renvoyons le lecteur à notre article « Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de l'assurance-caution », Bull. Assurances, 1979, à paraître. Pour l'instant, seuls les auteurs italiens (à la suite de Portale) appliquent systématiquement les conclusions relatives aux garanties du commerce international aux garanties données dans le commerce national en faveur des administrations publiques. La jurisprudence française, dans deux arrêts récents commentés par Vasseur (Paris, 22 juin 1978, Paris, 8 décembre 1977, D. 1979, 1, 259) consacre la même idée.

involves at least three legal relations :

(a) A trade relation exists between the seller (principal) and the foreign purchaser (beneficiary). The beneficiary requires a guarantee clause to be contractually stipulated.

(b) The principal and its financial institution (guarantor) enter into a contractual relation to obtain the guarantee.

(c) Finally, the guarantor concludes a guarantee contract with the beneficiary.

This scheme is often complicated, e.g., numerous countries, especially developing ones, require the guarantee to be given by a bank in the beneficiary's country.

toute sûreté met en évidence l'existence d'au moins trois rapports juridiques :

a) Le premier rapport concerne l'existence d'une relation commerciale entre le donneur d'ordre de la garantie et le bénéficiaire¹⁰, qu'il s'agisse de louage de services, de contrat d'entreprise, etc. C'est à l'occasion de cette relation que le contractant étranger exige une clause de garantie.

b) Le second est le « mandat »¹¹ que, dans le cadre d'une ouverture de crédit bancaire ou d'une police d'assurances, le donneur d'ordre donne à l'organisme financier de son choix. Au terme de ce « mandat », ce dernier garantira la bonne fin de l'opération commerciale envisagée.

c) Enfin le contrat de garantie est conclu entre le garant et le bénéficiaire¹².

Ce schéma doit fréquemment être complété. Nombre de pays, et particulièrement ceux en voie de développement¹³, exigent que la garantie à une administration publique émane d'une banque installée dans l'Etat du bénéficiaire.

10. La terminologie « donneur d'ordre » - « bénéficiaire » est empruntée aux travaux de la CCI. Une remarque ultérieure témoignera du bien-fondé de cette terminologie de préférence à celle usuellement employée de « débiteur » - « créancier » (cf *infra* n° 10, note 41).

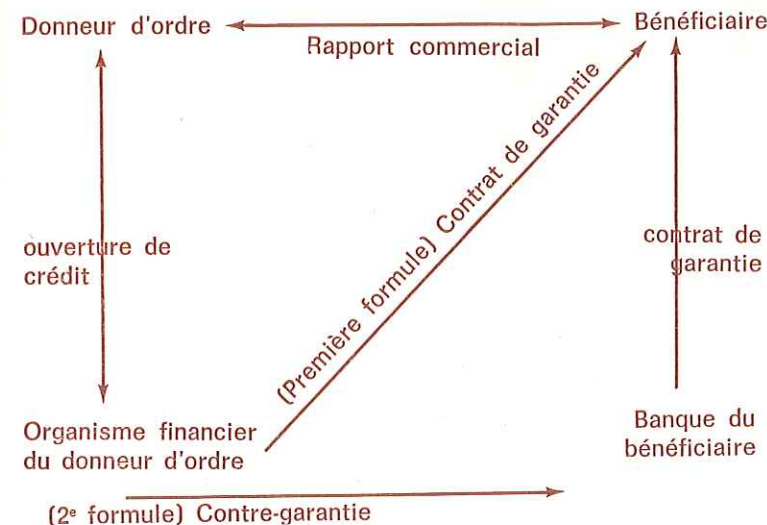
11. La qualification de « mandat » donnée au rapport donneur d'ordre-garant est unanimement retenue par la doctrine étrangère (voir notamment, Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, p. 220 ; Bär Th., *Die Garantie...*, p. 16 ; Zahn J., *Zahlung und Zahlungssicherung...*, p. 229 ; Hartley Tr., *Le contrat de cautionnement...*, n° 115). Elle pourrait surprendre les lecteurs français et belges qui réservent traditionnellement la notion de mandat au seul mandat représentatif et omettent de constater que dans certains cas le mandataire est appelé à agir en son nom propre dans l'intérêt et à la demande de son mandat ainsi, par exemple, la caution qui, lorsqu'elle agit à la demande du débiteur principal, est qualifiée à juste titre de « mandataire » (en ce sens, de Page H., *Traité élémentaire de droit civil*, T. IV, n° 895 ; Jestaz Ph., *v° Cautionnement*, Rép. Dalloz, n° 181).

12. L'acceptation du bénéficiaire peut évidemment être tacite.

13. Ainsi, par exemple, en Egypte, Turquie, Liban, Birmanie, Iran, Syrie, Lybie, etc. Dans les autres cas, la banque du donneur d'ordre prend un engagement direct envers le bénéficiaire. La banque de ce dernier n'intervient qu'éventuellement, pour l'encaissement.

La banque du donneur d'ordre est alors tenue de « contre-garantir »¹⁴ la banque du bénéficiaire. Cette dernière se retournera dès lors contre la première dès que le bénéficiaire aura fait appel à sa garantie.

La description de ces quatre rapports aboutit à la configuration suivante¹⁵ :



5. Mettons provisoirement entre parenthèses la seconde formule et observons comment se concilient difficilement les intérêts des trois principales parties en présence. Nous reprendrons à ce sujet les réflexions de M. Wheble, précédant les règles uniformes adoptées par la Chambre de commerce internationale (CCI) pour les garanties contractuelles¹⁶.

14. Exemples de clauses de contre-garantie : « Nous nous engageons à verser à vos caisses, le montant de cette garantie sur première demande écrite de votre part » ; « .. Nous nous engageons par la présente, à vous indemniser de toutes pertes, dépenses ou frais occasionnés par une plainte quelconque qui résulterait de l'émission de votre garantie ».

De telles contre-garanties peuvent exister, outre le cas cité (exigence légale du pays du bénéficiaire), lorsque l'organisme financier du donneur d'ordre n'est pas agréé par le bénéficiaire.

15. Remarquons que, le plus souvent, à ce schéma de la garantie, il faut superposer celui du crédit documentaire qui concerne cette fois-ci l'obligation de la banque du bénéficiaire de la garantie de payer, contre remise de certains documents, la somme due au bénéficiaire du crédit documentaire donneur d'ordre de la garantie (à ce propos, lire le rapport hongrois à l'Uncitral, A/CN 9/45, p. 9).

16. Il s'agit du document n° 460/228 - 470/329 adopté par le Conseil de la CCI le 20 juin 1978.

An alternative scheme entails the guarantor of the principal giving a counter-guarantee to the beneficiary's bank. If the beneficiary demands payment of the guarantee, its bank turns against the guarantor for payment.

Returning to the initial scheme, the comments prefacing the ICC's Uniform Rules for Contract Guarantees attempt to strike a balance between the interests of each of the three parties.

The beneficiary, ie, the party inviting the tender or awarding the contract, either wants a compensatory sum of money if the tenderer fails to meet its obligations or if the tenderer is awarded the contract, any defective performance on its behalf.

The principal, ie, the tenderer, does not want to pay any guarantee if he meets the conditions of the tender or, if awarded the contract, if it properly performs.

The guarantor, ie, a bank, insurance company or other party, wants to meet its guarantee commitment without becoming involved in disputes between the beneficiary and the principal.

Although the relations between the parties differs in each case, it is

« Le bénéficiaire, c'est-à-dire la partie émettant un appel d'offre ou adjudgeant un marché veut, soit recevoir une somme d'argent compensatoire si le soumissionnaire est défaillant à s'acquitter de ses obligations résultant de sa soumission ou si le soumissionnaire s'étant vu adjudger le marché ne l'exécute pas selon les termes, soit, dans cette même hypothèse, s'assurer le remboursement de tous versements effectués par lui. Il veut être sûr¹⁷ de recevoir les sommes qui peuvent lui être dues, même si le donneur d'ordre ne les règle pas, qu'il s'y refuse ou en soit incapable ».

« Le donneur d'ordre, c'est-à-dire la partie qui soumissionne ou à qui le marché a été adjudgé, ne veut pas être obligé de payer au titre de la garantie s'il a fait face à ces obligations résultant de sa soumission ou si, s'étant vu adjudger le marché, il l'a exécuté selon ses termes ».

« Le garant, qu'il s'agisse d'une banque, d'une compagnie d'assurances¹⁸ ou d'une autre partie, veut faire face à son engagement dans les termes de la garantie sans être mêlé aux conflits éventuels entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre¹⁹ concernant l'exécution correcte par celui-ci de ses obligations résultant de la soumission ou des clauses du marché ».

6. Le difficile équilibre de ces intérêts divergents résultera, dans chaque cas concret, du rapport des forces en présence. Remarquons cependant que, dans le commerce

17. Cette exigence d'une absolue sécurité de paiement s'explique particulièrement dans le commerce international, par les craintes légitimes du bénéficiaire en raison des lenteurs et difficultés de l'exécution d'une sentence arbitrale ou judiciaire dans un pays étranger (Pabbruwe H.J., Een bijzondere bankgarantie, *WPNR*, 1979, 182).

18. L'assimilation faite par le rapport de M. Wheble entre le point de vue des banques et des assurances me semble être contestable. « Alors que ces dernières (les banques) défendent le point de vue qu'une garantie donnée par elles doit valoir de l'argent comptant et veulent éviter des difficultés procédurales sur l'existence de leur obligation, à l'inverse, les compagnies d'assurances défendent le point de vue qu'en cas de doute, il vaut mieux se laisser assigner et, dans un cas litigieux, rechercher par tous les moyens contractuels une diminution de leur responsabilité » (Schinnerer E., *Neue Wege zur Regelung...*, p. 317 ; du même avis, le Rapport U.S. à l'Uncitral, A/CN.9/45, p. 17).

19. A propos de la volonté des banques de ne pas jouer l'arbitre entre les prétentions du bénéficiaire et du donneur d'ordre, lire surtout Auhagen U., *Der Garantie einer Bank...*, pp. 42 et ss., et Pleyer K., *Die Bankgarantien...*, p. 9 ; voir aussi la jurisprudence anglaise, citée *infra* n° 33).

international, il est rare que le donneur d'ordre obtienne l'assurance que la banque ne paiera qu'avec son accord ou sur la base d'un jugement coulé en force de chose jugée. A l'inverse, le bénéficiaire, particulièrement s'il s'agit d'une administration d'un pays en voie de développement, obtiendra souvent que la banque ne puisse discuter le bien-fondé de la demande de paiement.

Ceci explique que la « garantie à première demande » soit à l'heure actuelle la forme de sûreté pratiquée le plus largement²⁰. Elle a l'avantage en outre de représenter une norme « standard » universelle au-delà de la multiplicité et de la particularité de chaque réglementation nationale relative aux sûretés personnelles.

L'emploi de telles garanties, et ceci eu égard aux injustices que leur appel inconsidéré²¹ peut entraîner pour le donneur d'ordre, a été souvent critiqué²².

7. Il semble d'ailleurs que les travaux de la CCI²³ et

rare in international trade that the principal can convince its guarantor only to pay on the basis of the principal's agreement or if there is a judgment whereas the beneficiary usually obtains payment without the guarantor discussing the merits of the demand for payment. This is why the first demand guarantee is currently in wide use although increasingly subject to criticism.

These criticisms have made inroads. For exam-

20. Bergström S., *Garantieverträge im Handelsverkehr*, in Bergström-Schulstz-Käser, p. 13 ; Schinnerer E., *Bankverträge*, t. II, pp. 212 et ss. ; Pleyer K., *Die Bankgarantien...*, *W.M.*, 1973, p. 6, et les références à la littérature des pays de l'Est ; L'Office national du Ducroire le reconnaît de même (*Bull. Contact*, janvier 1970, p. 96). Cf. aussi l'argument développé *supra* n° 3.

21. Le cas le plus fameux fut l'appel à toutes les garanties émises en faveur des banques lybiennes par le gouvernement Khadafi en 1969 (à ce propos, l'article de J. Whelam, *Libyan Bonds Requirements Worry UK Banks*, paru dans *Meed*, 2 septembre 1977, et celui de H. Stumpf, *Frequent Abuses of Contract Guarantees...*, in *Liber Amicorum* de F. Eisemann, pp. 141 et ss.).

22. C'est évidemment le point de vue des exportateurs : « les relations contractuelles détaillées et permanentes instaurées entre client et entrepreneur font qu'une garantie inconditionnelle (à première demande), allant à l'encontre de ces relations, ou ne s'y rapportant pas sera inopportune en pratique et malsaine en son principe » (Guide pour les garanties bancaires, les soumissions cautionnées et les garanties de bonne fin, éd. par la Section des entrepreneurs internationaux). Dans le même sens, Dubisson M., *Le droit de saisir les cautions*, *D.P.C.J.*, 1977, pp. 423 et ss. Les rapports d'Eisemann (p. 8, n° 20) et de Stumpf (p. 7) respectivement aux 4^e et 3^e Congrès de l'arbitrage se prononcent contre les garanties à première demande ; *contra*, pour une réhabilitation de la fonction économique de la garantie à première demande, lire Kopelmanas L., *Les garanties bancaires de bonne fin d'exécution*, p. 556. Ce dernier relève notamment que la garantie à première demande, difficilement défendable dans le cadre de la seule opération de garantie, s'explique aisément si on la conçoit comme la contrepartie des traites irrévocables signées par l'importateur qui, de son côté, a ouvert un crédit documentaire (à ce sujet, *supra* n° 4, note 12).

23. Rappelons que les travaux de la CCI relatifs aux garanties « bancaires » (par la suite « contractuelles ») ont débuté en juin 1964 ! L'exceptionnelle durée de ces travaux se justifie essentiellement par le long débat passionné des défenseurs et détracteurs de la garantie à première demande.

ple, the ICC's Uniform Rules and the Draft of UNCITRAL. The 1978 Introductory Report of the Uniform Rules justifies the omission of first demand guarantees from the rules on the basis that the Rules want to discourage their use because they are payable without independent evidence of the merits of the demand.

The author recognizes that the ICC's position is more equitable but considers it unrealistic because most contracts continue to stipulate a first demand indemnity and...

therefore the ICC's Rules risk to become unserviceable and inapplicable.

le projet de l'Uncitral²⁴ aient progressivement²⁵ fait droit à de telles critiques. Le rapport introductif des règles uniformes pour les garanties contractuelles adoptées tout récemment (le 20 juin 1978) énonce : « Par ailleurs, on a été soucieux, en posant le principe de la nécessité de justifier toute demande de réalisation de garanties, de moraliser la pratique des garanties... C'est pourquoi il n'a pas été estimé souhaitable d'inclure des règles applicables aux garanties dites simples ou à première demande en vertu desquelles les demandes sont à satisfaire sans présentation d'une preuve de leur bien-fondé ! »

Si cette prise de position de la CCI et de l'Uncitral apparaît peut-être plus conforme à l'équité, elle semble cependant, dans l'état actuel des choses, gravement irréaliste. En effet, même s'il est exact qu'on note une certaine évolution vers la garantie documentaire, c'est-à-dire la garantie dont la demande doit être appuyée d'un certain nombre de documents²⁶, la plupart des conventions continuent à exiger la fourniture d'une garantie à première demande.

Sauf référence expresse à certaines dispositions, les garanties « à première demande » fournies échapperont totalement aux règles de la CCI. En d'autres termes, c'est craindre que les règles uniformes soient pratiquement inutilisées²⁷.

24. Ou CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international).

25. Les projets antérieurs de la CCI prévoyaient des règles pour ce type de garantie dit « à première demande », ainsi, par exemple, l'article 8 bis du projet de mai 1973 (Doc. CCI, n° 490/150 - 470/230) publié et commenté dans la *Revue de la Banque*, 1973, pp. 537 et ss., par M. S. Legrève : « Si la garantie est émise payable sur simple ou à première demande, le paiement devra être effectué par le garant immédiatement après l'expiration d'un délai de sept jours ouvrables, à compter de la réception de la demande et de la déclaration correspondante visée au premier paragraphe ».

L'abandon de l'idée d'une réglementation applicable aux garanties « à première demande » semble n'avoir été que passager. Les travaux de la CCI ont repris sur ce point précis et une commission a été formée pour résoudre le problème.

26. Cette affirmation de la CCI est confirmée par quelques articles récents émanant du monde financier ainsi, outre l'article déjà cité de J. Whelam (n° 6, note 21), celui de C. Wilkins, *Loosening the Bonds on Middle East Trade*, *Financial Times*, 26 avril 1978, p. 25.

27. C'est cet argument qui justifie les réserves des comités nationaux belge, hollandais et allemand vis-à-vis du projet de la CCI. Pleyer (*Die Bankgarantien...*, *W.M.*, 1973, p. 6, n° 1, *in fine*) le craignait déjà.

B. — DIFFÉRENTES SORTES ET DIFFÉRENTS TYPES DE GARANTIE

8. La garantie contractuelle peut être nécessaire à diverses opérations commerciales du commerce international et même à divers stades de ces mêmes opérations. Conformément aux règles de la CCI, nous n'envisagerons pas certaines garanties liées à des opérations commerciales particulières²⁸ mais nous nous contenterons d'évoquer les trois garanties²⁹ exigées par les trois étapes d'une opération commerciale internationale³⁰, à savoir³¹ :

— la « garantie de soumission*** » (en allemand : Bietungs-garantie ; en anglais : Tender-guarantee ou Bid Bond) » désigne un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie (« le garant »), ou pris sur les instructions d'une banque,... habilitée à cet effet par le donneur d'ordre (« la partie donnant les instructions »)³² vis-à-vis d'une partie ayant émis un appel d'offres (« le bénéficiaire ») par lequel le ga-

Contractual guarantees may be used for different international trade transactions and at different stages of these transactions. The basic three types of guarantees used at three stages of an international trade transaction are :

Tender guarantees or bid bonds which are provided by a guarantor (eg, bank) at the request of tenderer payable to the beneficiary, ie, the person inviting tenders, in an amount of 1 to 5 %, sometimes

28. Ainsi, nous pourrions évoquer les garanties bancaires données pour connaissance manquant ou perdu, les garanties données aux douanes étrangères pour l'exportation temporaire de certaines marchandises...

29. Outre les trois garanties que nous allons énumérer, la pratique des organismes financiers a imaginé un quatrième type de garantie non visé par les règles de la CCI, le « Retention Money Bond ». Cette dernière garantie assure à l'exportateur le paiement complet du marché dès la réception provisoire de sa prestation. En effet, bien souvent dans des contrats d'installation, l'acheteur retient cinq pour cent du prix total du marché en attendant la vérification définitive de la fourniture du vendeur. Le « Retention Money Bond » évite précisément à l'exportateur cette retenue. Sur la pratique de ce nouveau type de garantie, lire Fraser D.C., *Surety and Guarantee Services in the Gulf*, Séminaire donné à Bruxelles le 2 décembre 1977, polycopié.

30. C'est toujours à ces trois types de garanties que l'ensemble des auteurs se réfère, ainsi notamment, Canaris K.W., *Bankvertragsrecht*, Anm. 504 ; Von Caemmerer E., *Bankgarantien im Aussenhandel*, p. 303 ; Harfield H., *Bank Credits and Acceptances*, pp. 171 et ss. ; Käser J., *Garantieversprechen...*, *Rabels Zeitschrift*, 1971, pp. 605 et ss.

31. Les définitions reprises ci-dessous sont tirées des Règles et Usances de la CCI. Il est à noter que les mêmes formes de garantie se retrouvent dans le commerce national, à ce propos, voir notre article, *Les incertitudes récentes de la nature juridique de l'assurance-caution*, *Bull. Assur.*, à paraître, n° 7, note 36. Ainsi notamment l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 juin (D., 1979, J., 259) concerne une garantie de « bonne exécution », celui du 8 décembre une garantie de « remboursement d'avances », toutes deux émises dans le commerce national.

32. ... cas de la contre-garantie (voir *supra* n° 4).

*** Annexe 1 (cf. « Textes et Documents », p. 449).

10 %, of the contract price and which are payable if the tenderer fails to meet its obligations.

Performance guarantees or bonds to ensure, at the choice of the beneficiary, proper contractual performance or to pay for substitute performance.

Repayment guarantees which are payable by the guarantor to the beneficiary (ie, the purchaser or prime contractor) if the principal fails to reimburse advances made by the beneficiary.

rant s'oblige — en cas de manquement du donneur d'ordre aux obligations³³ découlant de sa soumission — à effectuer un versement au bénéficiaire dans les limites d'un montant indiqué » (généralement, 1 à 5 % de la valeur du marché, parfois 10 %) ;

— la « garantie de bonne exécution »**** (en allemand : Leistungs- ou Lieferungsgarantie ; en anglais : Performance-guarantee ou Performance Bond) « désigne un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie (le « garant »), à la demande d'un fournisseur de biens ou de services ou d'un autre entrepreneur (« le donneur d'ordre ») ou sur les instructions d'une banque..., habilitée à cet effet par le donneur d'ordre (« la partie donnant les instructions ») vis-à-vis d'un acheteur ou d'un maître d'ouvrage (« le bénéficiaire »), par lequel le garant s'oblige — au cas où le donneur d'ordre n'exécuterait pas dûment un contrat passé entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (« le contrat ») — à effectuer un versement au bénéficiaire, dans les limites d'un montant indiqué³⁴ ou, si la garantie le prévoit, au choix du garant, à assurer l'exécution du contrat³⁵ ».

— la « garantie du remboursement »***** ou garantie de restitution d'acompte (en allemand : Anzahlungsgarantie ; en anglais : Repayment-guarantee) « désigne un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie (« le garant »), à la demande d'un fournisseur de biens ou de services ou d'un entrepreneur (« le donneur d'ordre »), ou pris sur

33. On a reproché cette référence de la CCI à la notion d'obligation qui vise à exclure toute garantie indépendante des obligations du donneur d'ordre.

34. Généralement, les contrats prévoient que la garantie portera sur 5 % du prix fixé pour le marché, exceptionnellement 10 %. Certains (Schinnerer E., *Neue Wege zur Regelung...*, p. 324) auraient souhaité qu'en cas de « Progressive Performance », il y ait réduction au prorata du marché déjà accompli. Cette solution est vivement rejetée par les praticiens (Kopelmanas L., *Les garanties bancaires de bonne fin d'exécution...*, pp. 570 et ss.). L'article 3 al. 2 des Règles et Usances de la CCI n'admet une telle réduction que dans le cas d'une clause experte. Le lecteur trouvera l'exemple d'une telle clause à l'annexe 4 (clause c) ((cf. « Textes et Documents », p. 451).

35. Cette seconde solution, à savoir l'exécution en nature est rare. M. Dubisson (*Le droit de saisir...*, D.P.C.I., 1977, p. 436) signale cependant qu'aux Etats-Unis, les « Bonding Companies » prennent parfois soin d'inclure une telle possibilité ; voir aussi Rapport des Etats-Unis, *Uncitral*, A/CN. 9/45, p. 3.

**** Annexes 2 et 5 (cf. « Textes et Documents », pp. 450 et 451.

***** Annexe 3 (cf. « Textes et Documents », p. 450).

les instructions d'une banque..., habilitée à cet effet par le donneur d'ordre (« la partie donnant les instructions »), vis-à-vis d'un acheteur ou d'un maître d'ouvrage (« le bénéficiaire »), par lequel le garant s'oblige — au cas où le donneur d'ordre omettrait de rembourser, conformément aux conditions du contrat conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (« le contrat »), toute somme ou sommes avancées ou payées par le bénéficiaire au donneur d'ordre et non remboursées par ailleurs — à effectuer un versement dans les limites d'un montant indiqué » (cette avance peut atteindre jusqu'à 20 % de la valeur du contrat³⁶).

9. Ces trois garanties, du fait qu'elles représentent un engagement de l'organisme financier aux trois stades d'une même opération commerciale, à savoir au départ c'est-à-dire lors de l'appel d'offres, tout au long de l'exécution et lors du résultat final enfin, sont interdépendantes d'un point de vue économique. Certains auteurs³⁷ semblent d'avis que cette interdépendance économique doit se doubler d'une interdépendance juridique et qu'à ce titre, l'organisme financier qui a délivré la garantie de soumission est obligé de délivrer les garanties de bonne exécution et de restitution d'acompte demandées dans le contrat³⁸.

10. D'autre part, ces trois garanties peuvent être appelables tantôt « à première demande », tantôt par la remise de certains documents — ayant pour but d'accréditer le bien-fondé de la demande du bénéficiaire (rapport d'expert

Although these three guarantees are economically related in the pre-contractual and contractual undertakings of the parties, certain legal writers consider that they are also legally related, ie, a bank granting a tender guarantee must grant the other two types of guarantees.

These three guarantees are sometimes payable upon first demand, sometimes only after documen-

36. Ce dernier type d'engagement est le seul où, selon le jargon bancaire, le risque peut ne pas être plein. En effet, le banquier prend souvent soin de faire verser les sommes payées par le bénéficiaire à un compte bloqué au cas où il serait fait appel à la garantie.

37. Jackson L., *Contract guarantee abroad*, J. of Inst. of Bankers, 1958, p. 103 ; Dubisson M., *Le droit de saisir les garanties de soumission...*, D.P.C.I., 1977, p. 434 ; voir aussi Mattout J.P., *La délivrance des cautions de soumission...*, Banque, 1977, p. 420 : « Pour lui (le donneur d'ordre), si son banquier accepte de délivrer le cautionnement initial, cela implique nécessairement que, le moment venu, il ne se dérobera pas pour aider son client à remplir les obligations qu'il a prises à sa charge. Et son raisonnement est d'une logique implacable ».

L'ancien article 6 du projet de la CCI (Doc. n° 490/150 - 470/230) prévoyait *in fine* une telle obligation. Cette disposition a malheureusement disparu dans le projet finalement retenu.

38. En pratique, cette interdépendance existe, vu la pression que les bénéficiaires peuvent exercer sur la garantie de soumission (généralement appellable à première demande) dans le cas où l'organisme financier refuserait de délivrer les autres garanties.

tary proof is furnished (eg, expert's report), sometimes only after a legal or arbitral decision.

If a guarantee requiring a legal or arbitral decision corresponds to and is legally recognized as an ancillary promise of the principal to the main tender or contract, the documentary guarantee and above all the first demand indemnity are pure creations of the practice and are not recognized by law because they are not ancillary but a separate unconditional contract : the guarantor does not promise to pay the debts of another, but directly ensures the beneficiary of proper performance of the principal.

ou autres certificats) — tantôt enfin, par une décision arbitrale ou judiciaire coulée en force de chose jugée³⁹.

Si la garantie appellable sur base d'une décision arbitrale ou judiciaire correspond à l'engagement accessoire de la caution et est reconnue par tous les ordres juridiques, la garantie « documentaire » et surtout la garantie « à première demande » sont de pures créations de la pratique, non reconnues nommément par les lois⁴⁰. En effet, un tel engagement n'est pas accessoire : « le garant s'engage non pas à payer la dette d'autrui, mais bien à assurer au bénéficiaire même non créancier⁴¹ la sécurité absolue de la bonne fin de l'opération commerciale ». Les questions posées par la validité et la nature juridique de ces types de garantie non prévus par la loi doivent donc être explicitement abordées et résolues.

39. Nous préférons cette classification des garanties à celle souvent employée par la doctrine à savoir la distinction « garantie inconditionnelle-garantie conditionnelle », qu'à raison Eisemann (Rapport Congrès de l'Arbitrage, n° 15, p. 7) condamne dans les termes suivants : « La première regroupe ce qui a été parfois appelé « garanties inconditionnelles » et qu'il paraît plus juste de qualifier de « garanties à première demande » dans la mesure où la demande reste la condition, peut être minimale, de leur réalisation. Dans la seconde, on trouve des garanties connues sous le nom de « garanties conditionnelles » puisque leur réalisation est subordonnée à la production de certains documents dont la nature est précisée par la garantie elle-même. »

40. Trois exceptions sont cependant à noter : la Loi du 5 février 1976 de la République démocratique allemande sur le contrat économique international, la Loi du 4 décembre 1963 de la République socialiste tchécoslovaque (articles 665 à 675) et la Loi yougoslave du 29 juin 1972 sur le contrat économique international (à leur propos Pavicevic B., Bankgarantien in Yugoslavischen Recht, in Horn-Marschall-Pavicevic, pp. 57 et ss).

41. C'est à la suite de cette réflexion de Schinnerer (Neue Wege zur Regelung, p. 319) que la CCI a préféré parler de « donneur d'ordre » (Auftraggeber) et de « bénéficiaires » (Begünstigte) de préférence à « débiteur » (Hauptschuldner) et « créancier » ; voir cependant notre remarque à propos de la définition des garanties, *supra* n° 8, note 33.

C. — NATURE JURIDIQUE ET VALIDITE DE LA SURETE PERSONNELLE NON ACCESSOIRE

11. Le silence⁴² voire l'opposition⁴³ dont les droits français et belge ont parfois entouré la validité d'une sûreté personnelle non accessoire (sûreté qualifiée jusqu'ici de « garantie »), contraste avec l'accueil chaleureux fait à ce nouveau type de sûreté par la plupart des ordres juridiques étrangers. C'est donc par une étude de droit comparé que nous aborderons la question de la validité et de la nature juridique de la garantie dans les droits français et belge.

The silence, if not the hostility, of French and Belgian laws to independent guarantee contrasts with the favorable acceptance of them by other legal systems.

a. La nature juridique de la « garantie » en droit comparé (44)

12. A tout seigneur, tout honneur : le droit allemand est certainement à l'heure actuelle le droit où la question de la validité de la « garantie » en tant qu'institution autonome a été la plus traitée. Déjà en 1886, un article de Stammler⁴⁵ réclamait la création d'un « contrat de garantie » (« Garantievertrag ») promesse inconditionnelle d'indemnisation⁴⁶.

West German law recognizes the validity of an independent or unconditional guarantee which is considered to be legally founded on the parties' contractual freedom and legally characterized as a causal contract (majority view) or an abstract contract.

La définition que Stammler donnait du contrat de garantie devait être reprise et appliquée au domaine des garan-

42. Ou plutôt quasi-silence, puisqu'il faut bien reconnaître que le traité de Van Rijn et Heenen y consacre trois lignes (Principes de droit commercial, T. IV, n° 2561) et qu'un article de Heenen (Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge, in Recueil de la Société J. Bodin, T. XXX, 1969, 161) aborde même la question de leur validité (cf. *infra*, sur tout cela, n° 16).

43. Nous aurons l'occasion (cf. *infra* n° 15) de revenir sur l'arrêt anachronique de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 1973, qui refuse d'envisager l'originalité propre à la garantie « à la première demande » et traite cette garantie comme une simple caution accessoire. Depuis, la jurisprudence française a eu l'occasion de modifier son point de vue ; voir à cet égard, les nombreux arrêts cités et analysés *infra* n° 17.

44. Nous nous sommes volontairement limités aux droits européens dans lesquels nous avons retenu les droits allemand, anglais, autrichien, italien et suisse. Leur présentation ne peut malheureusement qu'être sommaire dans le cadre de cette étude.

45. Stammler R., Der Garantievertrag, AcP, 69 (1886), pp. 1 et ss.

46. Pour Stammler, cette promesse d'indemnisation pouvait venir aussi bien du débiteur lui-même que d'un tiers. Il s'inspirait en cela des règles prévues en droit romain pour la « promissio indemnitis ».

ties bancaires par l'ensemble de la doctrine allemande⁴⁷ et même par certains auteurs étrangers⁴⁸. « Aujourd'hui, jurisprudence et doctrine entendent par engagement de garantie, un contrat par lequel le garant s'oblige comme débiteur en faveur du bénéficiaire de la garantie, soit à assurer l'arrivée d'un résultat de pur fait ou juridique déterminé, soit à prendre en charge la réparation éventuelle d'un dommage futur non encore présent »⁴⁹.

Sans entrer dans les particularités de l'ordre juridique allemand, notons que la validité de la « garantie » non accessoire y est fondée sur le respect de l'autonomie de la volonté⁵⁰. Quant à sa nature juridique, deux thèses s'affrontent : l'une majoritaire⁵¹ qui affirme le caractère abstrait de l'engagement du garant, l'autre, minoritaire⁵², le caractère causal de cet engagement.

47. Ainsi notamment Ratz P., HGB Gross-Komm., T. III (1968), § 349, Anm. 91 ; Soergel-Siebert, BGB-Komm., T. III (1969), Bem. 29, vor § 765 ; Boetius J., Der Garantievertrag, p. 16 ; Auhagen U., Der Garantie einer Bank..., p. 38 ; Larenz K., Schuldrecht, T. II, 10^e éd. § 62, II ; etc. Voir aussi la jurisprudence, notamment BGH 19 octobre 1964, B.B., 1964, 1360.

48. La définition est reprise notamment par Matray L., L'arbitrage et les garanties contractuelles, *Revue de la Banque*, 1974, 282 ; Eise-mann F., Rapport Congrès de l'Arbitrage, p. 4, n° 8 ; Schinnerer E., Bankverträge, T. II, p. 217 ; Oftinger K., Ueber Bankgarantien, *SJZ* 1941, p. 59 ; enfin et surtout l'étude du Max Planck, Le cautionnement, pp. 12 et 29.

49. Käser J., Garantieversprechen..., in Bergstrom-Schultsz-Käser, p. 29.

50. Finger P., Formen und Rechtsnatur..., B.B., 1969, n° 4 ; Lieseke W., Rechtsfragen..., W.M., 1968, p. 24 ; Boetius J., Der Garantievertrag, p. 15 ; Pleyer K., Die Bankgarantien..., W.M., 1973, p. 8, etc.

51. BGH, 16 décembre 1960, W.M., 1961, 204 et dans la doctrine notamment : Auhagen U., Der Garantie einer Bank..., p. 44 ; Kemmer-Radlinger, Technik der Aussenhandelsfinanzierung, p. 80 ; Lieseke W., Rechtsfragen..., W.M., 1968, p. 24 ; Pleyer K., Die Bankgarantie..., W.M., 1973, p. 8 ; Canaris K.W., Bankvertragsrecht, Anm. 505, p. 823 ; Stötter W., Das Garantieversprechen, D.B., 1971, 2145. Il faudrait distinguer parmi ces auteurs : 1. ceux qui rapprochent la nature juridique de ce contrat abstrait et celle de la promesse unilatérale de paiement (§ 780 BGB) ; ainsi, Stötter, Käser, Auhagen et Pleyer (ces deux derniers auteurs reconnaissent cependant que l'abstraction de la garantie si elle se rapproche de celle de la promesse unilatérale lui est cependant supérieure). 2. ceux qui rapprochent la garantie de l'assignation (§ 783 BGB) (Anweisung = délégation de notre Code civil), tels Lieseke et Canaris.

52. Cf. surtout Kubler Fr., Feststellung und Garantie, p. 189, repris par Schönle H., Bank und Börsensrecht, § 28 II, 341). Pour Kubler, le but typique (typische Geschäftszweck) de l'opération de garantie, sa cause est d'assurer au bénéficiaire le paiement contre tous les risques liés à la réussite de l'opération commerciale, indépendamment de l'existence ou de la validité de la dette principale. Nous nous proposons, dans une thèse à paraître ultérieurement : « L'abstraction et la cause dans les sûretés personnelles délivrées par les banques », de résoudre la question délicate de la nature abstraite ou causale de la garantie.

La doctrine autrichienne⁵³ rejoint ce dernier point de vue. La doctrine suisse, après avoir défini le contrat de garantie comme porte-fort⁵⁴, semble actuellement l'envisager comme une institution « sui generis », produit de la liberté contractuelle et non susceptible d'entrer dans les diverses institutions légales prévues⁵⁵.

De façon générale, les trois doctrines allemande, suisse et autrichienne, séparent de façon stricte le cautionnement accessoire de la « garantie » non accessoire⁵⁶. Il y aura donc cautionnement ou garantie suivant que l'engagement est ou non accessoire.

13. On retrouve cette même vision « dichotomique » dans la doctrine anglaise qui distingue de façon nette le « Contract of Guarantee » (le cautionnement) du « Contract of Indemnity » (la garantie)⁵⁷ : le premier est accessoire,

Austrian legal writers treat it as a causal contract whereas Swiss legal writers currently view it as sui generis.

All three legal systems distinguish between ancillary guarantees and non ancillary indemnities...

as do English legal writers, ie, contract of guarantee is ancillary and the contract of indemnity is independent.

53. Schinnerer E., Bankverträge, T. II, pp. 212 et ss. ; voir aussi Koziol H., Zür Gültigkeit abstrakter Schuldverträge im österreichischen Recht, in Gedenschrift für F. Gschnitzer, Innsbruck, 1969, pp. 120 et ss.

54. Oftinger K., Ueber Bankgarantien, *SJZ*, 1947, 59 ; Reichwein H., Bankgarantie und Bürgschaft, *SJZ*, 1956, 374 ; Gillieron P.A., Les garanties personnelles, pp. 211 et ss. ; Reusser S., Der Garantievertrag, p. 75. Notons que l'article 111 du Code des obligations suisse est bien plus large que notre article 1120 : « Celui qui promet à autrui le fait d'un tiers, est tenu à des dommages et intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers ».

55. Kleiner B., Die Abgrenzung..., p. 121 ; du même auteur, Die Zahlungspflicht der Bank..., *SJZ*, 1976, p. 353 ; voir aussi Giovanoli S., Berner Komm. Zum O.R., art. 492-512, Anm. 13 zu art. 492. A noter cependant l'opinion isolée de Bär (Zum Rechtsbegriff der Garantie, p. 63) pour qui la garantie reste un cautionnement accessoire.

56. Il est à remarquer que nombre d'auteurs confondent purement et simplement les notions d'accessoire et de non accessoire avec les notions de causal et d'abstrait. Ainsi, à la limite, le cautionnement est causal parce qu'accessoire et la garantie abstraite parce que non accessoire (en ce sens, Käser J., Garantieversprechen..., p. 614 : « par une garantie causale, l'engagement n'est pas détaché de sa cause, c'est-à-dire du contrat principal à assurer, tandis que par une garantie abstraite, l'engagement ne dépend pas de cette dette de base »).

57. Cf. Hartley Tr., Le droit du cautionnement et de la garantie... n° 5, p. 8 : « Le terme « Guarantee » s'applique à l'engagement le moins étendu et il a la même signification que le cautionnement. L'engagement le plus étendu est appelé « Contract of Indemnity ». Sur la comparaison « Contract of Indemnity » - « Garantievertrag », lire Auhagen U., Der Garantie einer Bank..., pp. 30 et ss.

Italians legal writers adopt a different and more nuanced opinion based on the fact that the validity of a guarantee arises directly from the law on "fideiussio" which is founded on recognizing guarantees worthy of legal protection.

le second représente un engagement « autonome »⁵⁸ non soumis au Statute of Frauds⁵⁹.

14. La doctrine italienne, du moins dans un premier temps⁶⁰, adopte une position différente et plus nuancée qui devrait à notre avis inspirer la recherche en droit belge et français⁶¹.

Cette doctrine s'est construite à partir de l'arrêt de cassation du 3 septembre 1966⁶². Cet arrêt avait à examiner l'applicabilité de l'article 1957 du Code civil italien⁶³ à une « fideiussione-avallo », c'est-à-dire une sûreté personnelle caractérisée par le fait que le fideiussesseur s'engage à payer « à première démarche » comme un aval cambiaire⁶⁴.

58. « Les contrats de « Guarantee » sont distingués des contrats d'« Indemnity » comme on les nomme habituellement, par le fait qu'une « Guarantee » est un contrat « collatéral » destiné à répondre de l'exécution d'une autre personne et donc est un contrat auxiliaire ou subsidiaire d'un autre contrat, alors qu'une « Indemnity » est un contrat par lequel le promettant souscrit un engagement original et indépendant » (Curtis-Bennett P., v° Guarantee, Halsbury's Laws of England, London, 1978, vol. 20, 4^e éd. n° 108 et les références doctrinales et jurisprudentielles y citées ; voir aussi Dow P., v° Guarantee and Indemnity, Halsbury's Laws of England, London, 1957, vol. 18, 3^e éd., n° 775).

59. Le Statute of Frauds de 1677, auquel le cautionnement est expressément soumis prévoit notamment en son article 4, la rédaction par écrit comme condition de validité du cautionnement (même remarque, en Allemagne, pour le § 766 BGB qui exige un écrit).

60. Les articles récents de Portale (Fideiussione e contratto autonomo di garanzia, *Ju S*, 1977, p. 5) et de Ravazzoni (Le c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussori, *in* Portale (a cura), *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, pp. 1025 et ss.) hésitent entre la vision synthétique italienne et la vision dichotomique allemande. Le jugement du tribunal civil de Milan du 15 juin 1978 (publié en annexe 7, cf. « Textes et Documents », p. 452) se prononce de façon nette pour une vision dichotomique.

61. Voir *infra* n° 16 et comparer le raisonnement de De Page y repris.

62. Cass. 3 septembre 1966, *B. Borsa e Tit. di Cred.*, 1967, II, 38 et ss. Le lecteur se référera de même à notre analyse (Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de l'assurance-caution, *Bull. Assur.*, 1979, à paraître, n° 18 et ss.) des décisions de la Cour de cassation du 7 septembre 1968 (*Assic.*, 1969, II, 123 et ss.) et du tribunal civil de l'Aquila du 28 mai 1966 (*Arch. resp. civ.*, 1966, 855) qui concernent des cautionnements à première demande délivrés par des compagnies d'assurances dans le commerce national.

63. L'article 1957 du Code civil italien oblige le créancier, à peine de déchéance, à agir dans un délai de six mois contre le débiteur principal.

64. Cette clause équivaut donc à la clause à première demande. Sur l'équivalence des deux clauses, lire Portale G.B., *Fideiussione e Garantiaverträge*, *in* Portale (a cura), *Le operazioni bancarie*, T. II, p. 1048, et Molle G., *I contratti bancari*, Trattato di dir. civ. e comm., T. XXXV, Milano, 1973, p. 190.

La validité d'une telle figure était contestée : la clause d'aval n'est-elle pas incompatible avec la nature et la fonction du cautionnement, engagement accessoire⁶⁵ ?

La Cour en jugea autrement. L'article 1939 du Code civil italien⁶⁶ permet en effet la fideiussio d'un incapable. Cette disposition peut être élargie et permettre la fideiussio d'une dette nulle de nullité relative⁶⁷. Rien n'empêche le fideiussesseur, selon le principe de la liberté contractuelle, de renoncer à se prévaloir de l'invalidité de l'obligation principale.

En d'autres termes, l'article 1939 n'entend pas conférer à l'accessorité la valeur d'un principe d'ordre public régissant l'ensemble des sûretés personnelles⁶⁸. Il y a donc lieu d'admettre, à côté de la sûreté personnelle accessoire, d'autres types de sûretés personnelles non accessoires, pour autant que — selon l'expression du Code civil⁶⁹ — soient réalisés par là des intérêts dignes de protection selon l'ordre juridique en vigueur⁷⁰.

Notons enfin que, pour la doctrine italienne, un tel contrat de garantie, « sous-type innomé de fideiussio »⁷¹ est causal. Il répond en effet à une « fonction économique

For the Italian legal writers, the guarantee contract is a secondary under-

65. Cet argument est repris et développé par la note de Marini sous l'arrêt (*Dir. e Giur.*, 1968, p. 830).

66. Comp. l'art. 2012, al. 2 du Code civil français et l'art. 502 du Code suisse des obligations dont le texte est particulièrement intéressant : « La caution a le droit et l'obligation d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur ou à ses héritiers et qui ne résultent pas de l'insolvabilité du débiteur. Est réservé le cas d'une dette qui n'oblige pas le débiteur par suite d'erreur ou d'incapacité de contracter. Cet article consacre expressément la validité du cautionnement d'une dette nulle de nullité relative. Il est à noter, cependant, que la doctrine suisse, aveuglée par le dogme du cautionnement accessoire, a analysé le « cautionnement » d'une dette nulle pour erreur ou pour incapacité comme un véritable « Garantiaverträge ».

67. Le raisonnement de la Cour est admirablement repris par la note de Fragali (Il richiamo a norme dell'avallo, *B. Borsa e Tit. di Cred.*, 1967, I, p. 325) ; voir aussi Favara E., *Fideiussione e nullità di obbligazione principale*, *Econ. e Cred.*, 1974, 936.

68. ...l'ensemble des « fideiussione », terme qu'il faudrait dès lors traduire par la notion de « sûreté personnelle » et non par celle de « cautionnement » qui ne représenterait qu'un type particulier de sûreté personnelle.

69. Il s'agit de l'expression de l'article 1322 du Code civil italien qui établit le principe de liberté contractuelle et ses limites.

70. Cass. 3 septembre 1966, *B. Borsa e Tit. di Cred.*, 1967, II, p. 40 ; voir aussi Trib. civil de Milan, 15 juin 1978, cité en annexe 7 (« Textes et Documents », p. 452).

71. Selon l'expression de Ravazzoni A., *Nuove riflessioni sulle cauzioni fideiussorie*, *Assic.*, 1973, I, 541.

taking corresponding to a particular economic function, (ie, a guarantee) not related to the solvency of the principal.

propre⁷² — à savoir la garantie, et Portale⁷³ précise en ajoutant la garantie contre les « risques atypiques » d'une opération⁷⁴ (c'est-à-dire les risques non liés à l'incapacité ou au refus justifié du paiement de l'obligation⁷⁵).

b. La reconnaissance du contrat de « garantie » dans les droits français et belge

In France, there is a complete legal vacuum: the only thesis dealing with bank guarantees does not even broach the question

15. Il est significatif que la seule thèse en droit français relative au « cautionnement bancaire » n'aborde même pas la question de la validité d'une sûreté personnelle non accessoire⁷⁶. En d'autres termes, la question de la reconnaissance du contrat de garantie se présente dans la doc-

72. La cause en droit italien est définie comme la « funzione economica e sociale » d'un contrat.

73. Portale G.B., Fideiussione e Garantieverträge... in Le operazioni Bancarie, p. 1053. Comp. avec l'affirmation de Kubler reprise *supra* n° 12, note 46.

74. Cette précision de Portale invite à distinguer différents types de sûretés personnelles suivant les risques pris en charge par cette dernière. La caution prendrait en charge les seuls risques liés à l'incapacité ou au refus injustifié de paiement de l'obligation du débiteur et serait de ce fait accessoire. La garantie prendrait en outre les risques de non réalisation de l'opération indépendamment d'une quelconque faute de celui qui est garanti. Ce principe énoncé par Portale se retrouve déjà dans la jurisprudence allemande et les doctrines suisse et allemande. Ainsi Lieseke (Rechtsfragen..., p. 22) : « la caution protège le créancier au cas où le débiteur principal deviendrait insolvable. C'est précisément dans cette mesure que son engagement est accessoire, vu qu'il ne peut naître aucune prétention (Ansprüche) contre elle dans l'hypothèse où la dette principale ne naît pas ou vient à être résolue. Par la garantie, on détruit toute relation entre l'engagement de garantie et une quelconque dette principale. Le garant s'engage aussi pour des événements « non typiques » (nicht typischen Zufälle) suivant l'expression du Bundesgerichtshof (BGH, 24 octobre 1954, W.M., 1955, 265) ». Noter de même la position de Gillieron (Les sûretés personnelles, p. 65) : « C'est dire que suivant la nature des risques, le type de garantie pourra changer. Cela est clairement démontré par la grande variété des garanties utilisées par les banques... Mais inversement, on peut aussi en déduire que c'est par la nature même des risques que l'on pourra souvent distinguer les différents types de garantie », et les attendus du Landsgericht de Francfort (8 mars 1977, Aktiengesellschaft 1977, 322).

75. Ainsi, la garantie « à première demande » prend en charge les risques de non exécution de la prestation due à une force majeure, à la faute du bénéficiaire, etc.

76. Wattiez J.P., Le cautionnement bancaire, Thèse, Paris, 1964. La remarque est d'autant plus pertinente que l'étude comprenait certaines garanties bancaires au profit d'administrations publiques, garanties appelables à première demande, ainsi celles citées p. 165 et p. 171 *in fine*.

trine française, comme celle d'un « vide juridique » à combler⁷⁷.

La doctrine belge contient quelques allusions⁷⁸ à ce type nouveau de sûreté personnelle, mais, jusqu'à présent, aucun traité n'aborde la question de sa validité de façon systématique⁷⁹.

C'est cependant ce que nous voudrions faire en quelques lignes.

16. L'étude du raisonnement tenu par l'arrêt du 15 juin 1973⁸⁰ est intéressante à cet égard. Les faits sont les suivants : une banque française contre-garantit une « garantie à première demande » émise par un correspondant en faveur d'un bénéficiaire égyptien. La clause est claire : la banque parisienne s'engage à payer « à première réquisition, nonobstant toute contestation de la part du donneur d'ordre ». Un cas de force majeure empêche la réalisation commerciale garantie. La « caution » française refuse de payer la garantie appelée au motif que la clause ne peut « faire échec aux dispositions de l'article 2036 du Code civil selon lesquelles la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débi-

of the validity of guarantee contracts.

Belgian legal writers refer to these types of guarantees, but have not systematically undertaken to examine their validity.

In this connection, the 1973 decision of the Paris Court of Appeals is instructive. The facts were that a French bank counter-guaranteed a first demand indemnity given by a correspondent in favor of an Egyptian beneficiary. A case of force majeure prevented performance. The French bank refused to pay, contenting that under Article 2036 of the Civil Code, the guarantor may assert any defense the principal

77. Depuis notre conférence, l'affirmation est à nuancer ; en effet, Vasseur (*Droit des affaires*, 1978-1979, fasc. VIII, p. 280, et observ. sous Paris, 22 juin 1978, 8 décembre 1977 et 14 novembre 1978, D., 1979, J. 259) consacre expressément la validité de la garantie à première demande.

78. Heenen (Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge, Rec. de la Soc. J. Bodin, T. XXX, p. 161) aborde la question de la façon suivante : « mais l'acheteur ne se contente pas toujours d'un simple cautionnement. Le document exprès constatant la garantie stipule parfois en termes exprès que le banquier s'engage à payer à la première demande écrite de l'acheteur, celui-ci étant dispensé de fournir une justification quelconque. Il est clair qu'une telle garantie n'a rien à voir avec un cautionnement » ; voir aussi le traité de Van Rijn et Heenen (Principes de droit commercial, t. IV, n° 2561, *in fine*, la note de Van Ommeslaghe sous l'arrêt de cassation du 13 novembre 1969 (Observation sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne, *RCJB*, 1970, p. 362), et enfin le récent ouvrage de M. Bastin (L'assurance-crédit dans le monde contemporain, Paris, 1978, p. 73 et p. 450) qui évoque les particularités de la « lettre de garantie » par rapport au cautionnement classique.

79. Van Ommeslaghe conclut simplement : « La licéité de cette pratique ne nous paraît faire aucun doute. Elle constitue aussi un exemple d'engagement abstrait, né des besoins de la pratique, indépendamment de toute intervention du législateur (Observations sur la théorie de la cause..., *eod. loco*). Le seul auteur qui ait envisagé, de façon théorique, la question de la validité d'une sûreté personnelle non accessoire en droit belge est De Page (voir à son propos, nos remarques, *infra* n° 16, note 84).

80. Cour d'appel de Paris, 15 juin 1973, *Rev. Jur. Comm.*, 1973, p. 273.

has arising out of the contract. The Court held for the French bank.

The rationale of the Paris Court presupposes that under French law there is only one unique form of guarantee, an ancillary guarantee. This supposition is not self evident because (a) the first commentators of the Civil Code recognized that anyone could be a guarantor for facts not falling under the Article, (b) the law itself provides that one may become guarantor of the debts of a person not having contractual capaci-

teur principal et qui sont inhérentes à la dette ». L'arrêt du 15 juin 1973 de la Cour d'appel de Paris fait droit à un tel moyen.

Le raisonnement de la Cour d'appel de Paris présuppose en fait l'assertion suivante : il n'existe qu'une seule forme de sûreté, celle prévue par la loi, à savoir le cautionnement accessoire⁸¹. Cette affirmation est non fondée : en effet, selon un des premiers commentateurs du Code civil⁸², « rien n'empêche de se porter fort pour des faits qui ne sont pas susceptibles de tomber sous l'empire du cautionnement » ;

— la loi elle-même prévoit qu'on puisse cautionner la dette d'un incapable et invite dès lors à admettre un type de sûreté personnelle différent du cautionnement et qui aurait pour objet de garantir l'obligation principale, même contre les risques d'annulation. Ce raisonnement, déjà suivi en droit italien⁸³, permet à De Page de consacrer l'engagement de « garantie à titre principal » par opposition au cautionnement⁸⁴ ;

81. Certains pourraient tirer de l'arrêt de cassation du 13 novembre 1969 (RCJB, 1970, 326, note Van Ommeslaghe) un argument supplémentaire : « Sauf dans le cas où la loi admet que l'acte se suffit à lui-même », tout acte nécessite une cause. Une interprétation littérale de cet attendu de la Cour de cassation subordonnerait en effet à la réglementation législative l'existence d'un nouveau type de sûreté personnelle abstrait. Outre que cette interprétation apparaît singulièrement restrictive et contraire à la reconnaissance par l'ordre juridique belge d'autres types d'institution dites « abstraites » tels le crédit documentaire (sur cet argument, voir la note de Van Ommeslaghe, n° 23), il resterait à démontrer que l'engagement de garantie est abstrait et non causal, comme l'affirment, pourtant, la plupart des auteurs étrangers (cf. *supra* n° 12 et 13). Il est cependant à noter, à l'appui de l'argument tiré de l'arrêt de notre Cour de cassation, que les seuls auteurs belges qui évoquent l'existence d'un contrat de garantie différent du contrat de cautionnement (Van Rijn et Heenen, Principes de droit commercial, t. IV, p. 146, n° 2561, et Heenen, Les sûretés personnelles en droit bancaire belge, Recueil Soc. J. Bodin, T. XXX, p. 162) défendent effectivement le point de vue qu'il s'agit d'un engagement abstrait, analogue à l'engagement cambial, mais dépourvu de tout formalisme.

82. Troplong R., Du cautionnement et des transactions, Paris, 1846, cité par Portale G.B., Fideiussione e Garantieverträge..., in Le operazioni bancarie, 1978, p. 1058.

83. Cf. *supra* n° 14 ; même raisonnement chez Von Caemmerer (Bankgarantien..., p. 305).

84. De Page H., Traité élémentaire de droit civil, T. VI, n° 856, 859, et n° 905 : « Lorsqu'une personne garantit une dette en telle manière que son engagement n'est pas subsidiaire (entendez : accessoire) mais principal, elle ne peut évidemment opposer, comme la caution pourrait le faire, la nullité de la dette, puisqu'elle n'a pas entendu « cautionner », mais bien garantir le créancier contre cette nullité ». Il est à noter que De Page n'a pas étendu son raisonnement aux garanties bancaires du commerce international, garanties rares à l'époque de la publication de son traité.

— les ordres juridiques belge et français admettent explicitement un type au moins de sûreté personnelle non accessoire : l'aval par acte séparé⁸⁵. Ils ne peuvent donc ignorer d'autres types de sûretés personnelles, créations de la pratique, imposées par les usages commerciaux⁸⁶ : l'accessorité de la sûreté personnelle n'est pas d'ordre public⁸⁷.

Ces trois arguments doivent logiquement conduire la doctrine française à reconnaître la validité et l'originalité de la garantie à première demande. Dans l'attente de cette confirmation doctrinale⁸⁸, relevons que trois arrêts français⁸⁹ ont, dès à présent, consacré la reconnaissance de cette nouvelle forme de sûreté personnelle dans le commerce international⁹⁰.

17. Le 2 juin 1967, la Cour d'appel de Paris affirme que « la banque, qui a fourni à la contrepartie d'un marché sa caution « inconditionnelle » payable « à première deman-

ty and (c) both French and Belgian laws recognize l'aval par acte séparé (guarantee by separate act).

In a June 2, 1967 decision rendered in domestic factual situation, the Paris

85. La doctrine relative à l'aval par acte séparé est trop abondante pour être citée de façon complète. Citons simplement : la note de Dabin L., Caractère civil ou commercial de l'aval par acte séparé, RCJB, 1955, p. 51 ; Ronse J., Wisselbrief en Ordrebriefje, T. I., n° 489, et les nombreuses références ; Lescot-Roblot, Les effets de commerce, T. I, n° 509, p. 578 ; Hamel-Jauffret, Traité de droit commercial, T. II, n° 1471, etc.

86. « L'autonomie de la volonté permet plus facilement la création de sûretés personnelles que celles de sûretés réelles » (Van Rijn-Heenen, Principes de droit commercial, n° 2561) ; voir aussi la réflexion de Van Ommeslaghe, note 79 et celle de Vasseur M., observ. citées, D., 1979, 264 : « Le caractère accessoire du cautionnement n'est pas d'ordre public. Les parties, le garant, peuvent conventionnellement l'écarter. La volonté des parties est toute puissante ».

87. Récemment, au terme d'une vaste étude sur les sûretés personnelles, M. Gillissen (Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, Essai de synthèse générale, T. XXVIII, 1974, p. 101) concluait dans le même sens : « Quoique très répandu, ce caractère accessoire de la sûreté personnelle n'est toutefois pas un élément essentiel de l'institution, il ne tient pas à l'essence de celle-ci. On connaît des types de sûretés personnelles qui ne sont pas accessoires... De nombreux cas de sûretés d'indemnité sont indépendants de la validité et de l'étendue de l'obligation principale ».

88. Vasseur (observ. citées, p. 264) appelle de ses vœux une telle confirmation : « L'obligation de paiement est présente en droit français ; toutes ses applications n'ont peut-être pas été découvertes ».

89. Rennes, 11 juillet 1978, inédit ; Paris, 28 septembre 1978, inédit ; Paris, 14 novembre 1978, D., 1979, J., 259 ; observ. Vasseur. Nous ne reprendrons pas explicitement le commentaire de ce dernier arrêt et prions le lecteur de se référer aux commentaires de Vasseur.

90. Les deux autres arrêts étudiés par Vasseur (22 juin 1978, 8 décembre 1977) concernent des garanties émises dans le commerce national ; pour l'étude du premier de ces arrêts, lire notre commentaire, Les incertitudes relatives à la nature juridique de l'assurance-caution, Bull. Assur., à paraître, n° 22 ; voir aussi Paris, 2 juin 1967, Rev. Jur. Comm., 1967, 709, étudié ci-dessous.

Court of Appeals held that in the case of a first demand unconditional guarantee, the issuing bank had to pay upon demand without discussion and without invoking any of the grounds the supplier may be entitled to assert.

Two other decisions concern international trade guarantees. The first concerned a French seller which was required by an Egyptian buyer to obtain an unconditional performance guarantee from a French bank in favor of an Egyptian bank. The French bank paid the guarantee over the objections of the French seller which asserted that (a) the underlying sales contract stipulated a delay after which the buyer was foreclosed and (b) the French bank should not have paid without a court decision giving the Egyptian bank the right to payment of the guarantee.

de » est tenue de payer « à première demande » sans possibilité de « discussion »⁹¹. La Cour ajoute : « il appartiendra à la société X (le donneur d'ordre) de régler ses comptes avec la société Y (le bénéficiaire), mais qu'elle-même (la banque garante) ne peut subir le délai et les aléas de ce litige et doit être immédiatement remboursée de la somme qu'elle s'était engagée à verser à première demande de la société Y (le bénéficiaire), à titre de caution inconditionnelle et irrévocable de la société X (le donneur d'ordre)⁹² ». Ce premier arrêt est d'autant plus significatif qu'il avait trait à une garantie à première demande émise dans le cadre du commerce national⁹³.

Deux autres arrêts concernent les garanties émises dans le commerce international. Dans le cadre d'une opération financée par un crédit documentaire⁹⁴, un vendeur français se voit obligé par son contractant égyptien à demander à sa banque l'émission d'une garantie inconditionnelle en faveur d'une banque égyptienne⁹⁵ pour la bonne exécution du marché.

Il est fait appel à la garantie. La banque française s'exécute nonobstant les objections du vendeur. Ce dernier évoque premièrement que la convention de vente prévoyait un délai de forclusion au-delà duquel toute réclamation de l'acheteur était à rejeter, secondement que la banque ne peut payer « sans même exiger la production de la décision de justice qui aurait contraint la banque égyptienne à s'exécuter ». Ces deux objections fondées sur le caractère accessoire de la sûreté personnelle sont rejetées sur la Cour d'appel de Rennes⁹⁶ : « Considérant que si cette société persiste à vouloir prévaloir son point de vue sur le jeu de la garantie inconditionnelle qui, selon elle, n'aurait pas dû intervenir, il lui appartient de saisir la

91. Paris, 2 juin 1967, *Journ. des Agréés (Rev. de Jur. Comm.)*, 1967, 709.

92. La Cour d'appel de Paris semble approuver la banque lorsque cette dernière affirme « qu'elle ne pouvait se faire juge du différend entre les deux sociétés ».

93. Rappelons qu'à notre avis, la validité de la garantie à première demande est indiscutable tant dans le commerce national qu'international, à ce propos, *supra* n° 3, note 9.

94. Voir *supra* n° 4, note 15, notre remarque : la garantie inconditionnelle réclamée à charge du vendeur est en pratique bien souvent la contrepartie du crédit documentaire ouvert par l'acheteur au profit de ce même vendeur.

95. Voir *supra* n° 4, l'intervention de la banque du pays du donneur d'ordre comme contre-garantie de la banque du pays du bénéficiaire.

96. Rennes, 11 juillet 1978, inédit.

juridiction compétente pour faire trancher son différend en faveur de la banque égyptienne et sur la demande de la société »...

« Que celle-ci n'avait sollicité la garantie que pour remplir une condition exigée d'elle par la banque égyptienne et non pour contracter une assurance, contre toute réclamation de ses acheteurs ; qu'il est d'ailleurs porté dans les « Règles et Usances » déjà citées, article C des dispositions générales⁹⁷ : « les crédits sont par leur nature des opérations commerciales distinctes des ventes... qui peuvent en former la base, qui ne regardent les banques en aucune façon et ne sauraient les engager ».

Enfin, l'affaire soumise à la Cour d'appel de Paris⁹⁸ peut se résumer ainsi : une banque française souscrit une garantie « à première requête et irrévocable » en faveur d'une banque lybienne. La garantie porte sur le « remboursement du paiement avancé »⁹⁹.

Appelée en exécution de la garantie, la banque française paie malgré l'opposition de son client qui fait valoir la preuve des embarquements successifs. La Cour d'appel de Paris, confirmant par ailleurs la décision du tribunal de commerce¹⁰⁰ valide le paiement et rejette les arguments du demandeur en même temps que toute responsabilité de la banque¹⁰¹.

Pour ce faire, elle oppose clairement le texte de la garantie proposée par la banque française et celui reçu en définitive. La banque française avait en effet souhaité ajouter à la garantie « à première requête et irrévocable » la clause « en cas de non embarquement ». « Ce faisant, elle tentait de faire dépendre le jeu de la garantie au bénéfice de l'acheteur, d'une condition en rapport avec le

The July 11, 1978 decision of the Rennes Court of Appeals rejected the seller's contentions finding that the guarantee was not an assurance but was a condition of and a separate commercial transaction with the Egyptian bank.

The second decision, rendered on September 28, 1978 by the Paris Court of Appeals concerned an irrevocable first demand guarantee for reimbursement of partial payments given by a French bank in favor of Libyan bank. Over the objections of the French seller which showed proof of successive shipments, the French bank paid. The Court upheld the French bank. In this case, the French bank wanted to condition its guarantee on failure to ship which would have made the guarantee accessory, but this condition was not accept-

97. Il s'agit des Règles et Usances relatives aux crédits documentaires (révision 1974). Cette référence reconnaît le degré d'abstraction identique des deux institutions (souvent affirmé par la doctrine allemande : von Caemmerer, Kübler, Auhagen, etc.).

98. Paris, 28 septembre 1978, inédit.

99. Il s'agit d'une garantie de « remboursement d'acompte » (*supra* n° 8, les différents types de garanties).

100. Trib. comm. Paris, 4 mai 1977, inédit.

101. Il est clair — et le point soulevé par la Cour d'appel de Paris est important — que le banquier doit avertir son client de la portée de l'engagement souscrit et des conséquences qu'il peut avoir pour le client sous peine que ce dernier puisse invoquer la responsabilité bancaire. Cette remarque est cependant purement théorique. En pratique, les exportateurs trop contents d'obtenir un marché international écoutent peu les conseils de prudence des banquiers quant à la portée des garanties émises.

ed by the Libyan bank. Therefore, the only condition was that the guarantee was called within the delay for performance.

marché¹⁰². Une telle clause aurait, en d'autres termes, abouti à la présence d'une sûreté « accessoire ». Or, l'adjonction de cette clause a été rejetée tant par la banque de l'acheteur que par le client de la banque française, le donneur d'ordre.

Dès lors, il faut considérer que la rédaction du texte de la garantie « n'imposait pas de lier garantie et livraison, la seule condition de mise en œuvre étant celle de n'être valable que dans la période de validité de l'engagement à l'intérieur des délais d'exécution » et qu'étaient parfaitement valables les arguments de la banque lybienne selon lesquels « un banquier expérimenté devrait « réaliser » que les garanties sont payables sur première demande nonobstant les attermoissements du contractant et que les banques n'interviennent pas dans les engagements entre parties, ajoutant qu'elle avait un grand regret du retard à liquider cette garantie ».

Cette décision de la Cour d'appel fonde donc en définitive la validité de la garantie inconditionnelle sur la reconnaissance de la pratique bancaire. Elle caractérise une telle forme de sûreté personnelle par sa non accessoriété, c'est-à-dire par le défaut de lien entre la validité de la sûreté et la validité de l'obligation garantie.

c. Conclusion

18. L'étude par les divers ordres juridiques d'Europe occidentale de la garantie à première demande consacre donc l'existence d'un nouveau type de sûreté personnelle non accessoire à savoir la garantie distincte du cautionnement¹⁰³. La validité de ce dernier découle naturelle-

102. Voir *infra*, n° 19, l'étude des clauses des sûretés personnelles et leur difficile interprétation.

103. Cf. notamment Schultsz J., *Sureties in Commercial World*, in Bergström-Schultsz-Käser, pp. 19 et 20 : « I have the impression that in very countries, the bank intend to create a separate legal category « Garantie » as distinct from « Borgtocht ». Stotter V., *Das Garantieverprechen*, D.B., 1972, II, 2145 ; Larenz K., *Schuldrecht*, 8 Aufl., München, p. 321 : « Die Garantie der Bank ist bereits typologisch nicht Burgschaft » ; Kleiner B., *Die Abgrenzung...*, p. 16 ; Kubler Fr., *Feststellung und Garantie*, p. 189, et surtout Portale G.B., *Fideiussione e Garantieverträge...*, in *Le operazioni bancarie*, pp. 1052 et ss. ; et la qualification d'« institution sui generis » reprise par Dubisson M., *Le droit de saisir les cautions...*, D.P.C.I., 1977, 439. Dans la doctrine

ment du principe de la liberté contractuelle confrontée aux exigences du commerce international. Un projet CEE, faisant suite aux travaux du Max Planck Institut¹⁰⁴ propose d'ailleurs la reconnaissance de ce nouveau type de sûreté personnelle : « la promesse de paiement qu'un garant donne au titulaire d'une créance envers une autre personne n'est pas nulle, pour la seule raison qu'elle peut être tenue pour valable, en tout ou en partie, indépendamment du fait que la créance garantie existe, produise effet ou ait un montant déterminé (contrat de garantie) ».

19. Les règles juridiques applicables à ce nouveau type de garantie sont, selon ce projet (alinéa 2 de l'article 9), les dispositions régissant le cautionnement, sauf celles qui découlent de la subsidiarité (entendez : accessoriété) du cautionnement par rapport à la créance garantie. Ainsi le garant pourrait, en droit français et belge, profiter de l'article 2037 (libération de la caution lorsque le créancier a laissé perdre une sûreté attachée à la créance cautionnée) et se voir opposer l'article 2039 (liberté pour le créancier et le débiteur de proroger le délai de paiement de la créance garantie). Une telle application analogique des règles du cautionnement n'est pas souhaitable et va à l'encontre du sens même et du but de la « garantie »¹⁰⁵. En effet, cette institution entend non seulement servir comme standard international au-delà des particularités nationales¹⁰⁶, mais de plus, doit assurer une sécurité

contract of indemnity distinct from a contract of guarantee. An EEC proposal based on studies conducted at the Max Planck Institute recognizes this new type of indemnity.

According to the EEC proposal, the legal rules governing an indemnity contract are those applicable to contracts of guarantee with the exception of those rules relating to the guarantee being ancillary to the guaranteed debt. In the absence of this exception, the guarantor under French and Belgian laws could invoke Article 2037 (the guarantor is held not to pay if the creditor relinquishes a surety relating to the credit guaranteed) and have Article 2039 asserted against it (freedom of the debtor and creditor to extend the payment delay of the guaranteed credit) which would be contrary

hollandaise, lire Pabbruwe H.J., *Een bijzondere bankgarantie*, WPNR, 1979, 181, et Van Marwijk Kooy B., *Contract Guaranties*, N.J.B., 1978, 991. Cette affirmation déborde le cadre juridique étroit de l'Europe occidentale. Ainsi, les différents ordres juridiques de l'Europe de l'Est connaissent cette distinction. A cet égard, voir les législations de la DDR et de la République tchécoslovaque et l'étude remarquable présentée par la Hongrie lors des Travaux de la CNUDCI (A/CN.9/45). Pour d'autres références, voir Pleyer K., *Die Bankgarantien...*, W.M., 1973, pp. 16 et 17.

104. Voir l'art. 9, al. 1, du projet concluant l'étude de l'IMP, pp. 70 et ss.

105. En ce sens, Palandt O., *BGB Komm.*, 36^e Aufl. 1977, Anm. 3, c. vor § 765 BGB, Lieseke W., *Rechtsfragen...*, p. 26 ; plus nuancé Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, 215 et 249 ; *contra* Schultsz J.C., *Sureties in the Commercial World*, in Bergström-Schultsz-Käser, p. 22. Dans la jurisprudence allemande, deux décisions se sont opposées à une application analogique des règles du cautionnement à la garantie : BGH, 8 mars 1967, BB, 1967, p. 392 ; L.G. Francfort, 24 mai 1971, AWD, 1972, 196.

106. Cf. *supra* n° 6.

This comparative study of Western European laws shows the existence of a new type of personal, independent surety, ie, the

to the purpose of the indemnity: to ensure absolute security of payment to the beneficiary.

What determines if it is a guarantee or an indemnity?

absolue de paiement au bénéficiaire, incompatible avec la plupart des dispositions régissant le cautionnement favorable à la caution¹⁰⁷.

Si nous concluons donc à la séparation stricte des règles applicables au cautionnement d'une part et, d'autre part, à la garantie, il reste, dans le cas d'une sûreté personnelle, à découvrir les indices qui permettront de ranger cette sûreté tantôt comme « caution », tantôt comme « garantie ».

D. — ETUDE DES DIFFÉRENTES CLAUSES ET LEUR SIGNIFICATION¹⁰⁸

20. L'étude que nous proposons s'applique certes au premier chef aux « garanties » ou « cautions » délivrées dans le cadre du commerce international. Elle trouverait cependant un incontestable intérêt à être étendue aux « garanties » ou « cautions » du commerce national. Ces dernières présentent en raison de leur référence aux textes nationaux sur le cautionnement, une difficulté d'analyse plus grande encore. Le lecteur ne s'étonnera donc pas de trouver parmi les différents exemples cités, certains relatifs aux soi-disants « cautionnements » délivrés par les banques en faveur d'administrations publiques nationales.

Si l'examen des clauses est rendu d'autant plus difficile par leur caractère varié et leur manque de standardisation¹⁰⁹, on peut cependant affirmer que l'emploi du mot

Several general observations. First although this study is focused on guarantees or indemnities used in international trade, they are also used in domestic commerce and certain of the examples cited concern guarantees given by banks to national public administrations.

107. Lors de l'arrêt de la Cour de cassation italienne du 3 septembre 1966 déjà cité (*Banca Borsa e tit. di Cred.*, 1967, II, p. 38), les juges ont affirmé que la clause de « fideiussione - avallo » emportait automatiquement renonciation implicite à l'article 1957 C. civil, disposition protectrice de la caution (cf. à ce propos les développements de Favara E., *Fideiussione di obbligazione principale invalida...*, *Econ. e cred.*, 1974) tout en consacrant la nature de fideiussione d'un tel engagement, même conclusion chez Ravazzoni A., *op. cit.*, p. 1038 et nos références et remarques, article cité, n° 20.

Remarquons en outre, que la renonciation à de telles dispositions est fréquente dans la pratique bancaire du cautionnement et qu'elle se justifie précisément par la volonté d'assurer une sécurité plus grande au bénéficiaire (voir notamment à ce propos Schäfer K.J., *Bankkontokorrent und Bürgschaft*, thèse, Köln, 1973, pp. 150 et ss.).

108. Nous suivrons principalement les remarquables études de Kleiner (*Die Abgrenzung...*, pp. 30 et ss.) et de Schinnerer (*Bankverträge*, 2^e éd., T. II, pp. 200 et ss.).

109. Selon la constatation même du rapport américain à l'Uncitral (A/CN.9/45, p. 9).

« caution » ou « garantie » n'est pas déterminant¹¹⁰. La pratique bancaire a si bien mêlé les dénominations qu'il est difficile d'accorder encore à leur emploi quelque autre importance que celle d'un vague indice¹¹¹.

A cette première remarque d'ordre général, il est nécessaire d'en ajouter une seconde : dire qu'il y a cautionnement parce qu'accessorité, n'est qu'une tautologie, car en effet, qui nous dira s'il y a accessorité ou non, cautionnement ou garantie¹¹² ?

Il s'agit en effet précisément d'analyser dans quelle mesure les clauses du contrat, l'usage du commerce international, voire le contexte de l'opération, indiquent que les parties au contrat de garantie ont entendu lier leur engagement au bien-fondé de la demande, c'est-à-dire à la preuve effective de la non-exécution par le donneur d'ordre de ses obligations.

21. A ce propos, la présence de la seule clause « à première ou simple demande » semble devoir être interprétée comme une présomption irréfragable de l'existence d'un engagement non accessoire. L'affirmation est encore contestée par certains. Bär¹¹³ analyse une telle clause comme un renversement de la charge de la preuve, mais

Second, to call a surety a guarantee because it is ancillary is tautological because the question is what is ancillary.

What is required is to analyze contractual clauses in the context of the operation to determine if the contracting parties of guarantee intended to tie their promise to the merits of the demand, ie, to the effective proof that the principal has not properly performed.

If this analysis is made, a simple or first demand clause should undisputably be presumed to be an independent promise. This opinion is not shared

110. A cet égard, l'attendu du Landsgericht de Francfort du 16 octobre 1962 (*W.M.*, 1963, 450) : « le point de savoir s'il s'agit d'une caution ou d'une garantie ne peut être résolu par la dénomination employée. Il doit au contraire se déduire de l'ensemble du rapport et du contenu des déclarations ». Voir aussi la doctrine unanime : Schönle H., *Bank und Borsenrecht*, § 27, II, p. 307 ; Oftinger K., *Ueber Bankgarantien*, *SJZ*, 1941, 60 ; Ratz P., *HGB Grosskommentar*, § 349, Anm. 92 ; Hartley T., *Le contrat de cautionnement...* n° 19 ; Kleiner B., *Die Abgrenzung...*, p. 32. Noter aussi la solution sage des Règles et Usances : art. 1 : « Ces règles s'appliquent à toute garantie, cautionnement, sûreté ou engagement similaire, quelle que soit leur appellation ou description ».

111. Ainsi la clause réglementaire suivante tirée de l'acte de cautionnement émis en faveur de l'administration publique belge : Office des contingents et licences (OCCL) — texte publié à l'annexe 6, cf. « Textes et Documents », p. 452 — : « Nous nous engageons irrévocablement et sans condition aucune à cautionner comme obligé le paiement de... » doit à notre avis, être analysée comme une « garantie » si le texte prévoit en outre que « le paiement se fera à la première sommation qui sera faite par l'OCCL et ceci sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune autre formalité préalable ».

112. Sur ce raisonnement, véritable pétition de principe, Reichwein H., *Bankgarantie und Bürgschaft*, *SJZ*, 1956, 375 ; voir aussi Kleiner B., *Die Abgrenzung...*, p. 33.

113. Bär Th., *Zum Rechtsbegriff der Garantie...*, p. 64.

by all legal writers but would seem to be the better approach. Where this clause is varied or is less clear in its intent, eg, a first demand clause qualified by the words "in the case where damages occur", the opinions are divided. Certain authors consider it to be ancillary because the guarantor predicates its liability on the happening of damages. Other clauses clearly indicate that they are ancillary, eg, where the guarantor explicitly refers to the principal's obligations.

son opinion est unanimement combattue¹¹⁴. Kleiner¹¹⁵ et Von Caemmerer¹¹⁶ la considèrent comme un simple indice de la présence d'une garantie. Nous estimons cependant avec Pleyer¹¹⁷ et Auhagen¹¹⁸ que les usages du commerce international¹¹⁹ imposent une signification supérieure à cette clause : la présomption en faveur d'un engagement non accessoire doit être « iuris et de iure » et non seulement « iuris tantum ».

S'il faut accorder une signification similaire à d'autres clauses telles « sur simple démarche..., à première réquisition, sur simple demande, sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit... »¹²⁰, la conjonction de cette clause avec d'autres peut amener le doute. Ainsi, la clause « paiement à première demande » peut être suivie du libellé « dans le cas où le dommage est arrivé »¹²¹. Les auteurs hésitent alors à accorder à une telle clause la valeur d'une garantie non accessoire et affirment que la banque entend lier son engagement à l'effective arrivée du dommage¹²². Dans

114. Ainsi, la critique sévère de Auhagen U., *Der Garantie einer Bank...*, p. 31.

115. Kleiner B., *Die Abgrenzung...*, p. 47 ; en se fondant sur un attendu du jugement de Francfort déjà cité (NJW, 1963, 450).

116. Von Caemmerer E., *Bankgarantien in Aussenhandel*, Festchrift für O. Riese, p. 298.

117. Pleyer K., *Die Bankgarantien...*, p. 9.

118. Auhagen U., *Der Garantie einer Bank*, p. 64.

119. Voir à ce propos, notamment les déclarations de Eisemann au Congrès de Moscou.

120. Autres clauses équivalentes : « Dès réception de la première demande écrite sans que son exactitude ou inexactitude soient justifiées et sans qu'il y ait besoin de sommation ou de démarches officielles, administratives, judiciaires ni de preuve quelconque » ; voir aussi celle reprise dans l'affaire Dalmia Current C/N Bank of Pakistan, Cour d'arbitrage, 420^e session, 24 février 1971 - Doc. n° 410/1935 : « Any demand or request made to or upon you by Dalmia... shall be sufficient authority for you to make such payment... Whether or not any amount is really due or had become under the said guarantee to Dalmia ». Pleyer (*Die Bankgarantien...*, p. 9). énumère les clauses équivalentes en langues anglaise, allemande, italienne, espagnole, tchèque et russe.

121. Les allemands dénomment une telle clause : « Effectivklausel ». La clause suivante : « On the contractor's failure to fulfil any of the conditions on the contract as determined by you in your absolute judgement, the guarantor shall forth with on demand made by you in writing and no it standing any objection by the contractor or any need for issuance of a judicial verdict a decision by an arbitration Committee... » équivaut-elle à la présence d'une garantie à première demande ?

122. Voir Auhagen U., *Der Garantie einer Bank...*, p. 56 ; Finger P., *Formen und Rechtsnatur...*, p. 208 ; Kleiner B., *Die Abgrenzung...*, p. 52 ; contra Pleyer K., *Die Bankgarantien...*, p. 9, note 33.

de tels cas, le paiement « à première demande » pourrait être fait sous réserves ou avec contre-garantie de la banque du bénéficiaire¹²³.

Quelques clauses, à l'inverse, présument clairement une volonté d'accessorité : ainsi, celles où le garant se réfère explicitement à la dette même du donneur d'ordre¹²⁴ et non simplement à sa prestation¹²⁵.

Enfin la référence expresse dans un contrat à la réglementation légale du cautionnement (exemples : clause de renonciation au bénéfice de division et de discussion, clause de renonciation aux articles 2031-2037) est interprétée unanimement par la doctrine¹²⁶ comme un simple indice de la présence d'une sûreté personnelle accessoire.

Elle ne peut prévaloir contre la clause par laquelle la banque s'engage à première demande¹²⁷.

123. C'est du moins ce qu'Auhagen (p. 56) propose. Pleyer (*Die Bankgarantien...*, p. 11) réclame avec raison le rejet de telles clauses peu claires, voire contradictoires.

124. « Nous, banque, nous engageons à vous rembourser en tout ou en partie l'acompte que vous auriez versé à la ... majoré des intérêts... pour autant et dans la mesure où les livraisons n'auraient pas été effectuées dans les délais prévus et pour des raisons qui ne seraient pas imputables à l'acheteur ». Cf. à ce propos, Kleiner B., *Die Abgrenzung...*, p. 38, et Schinnerer, *Bankvertragsrecht*, T. II, pp. 228 et ss.

125. « ...Indépendamment de savoir si celle-ci est due ou non, exemple : Nous avons connaissance que la firme X a conclu un contrat avec la firme Y pour la livraison d'une turbine modèle A. Nous, banque, garantissons en votre faveur la bonne livraison de la turbine ». Dans de telles hypothèses, la garantie porte sur le résultat même de l'opération et non sur le non-respect des engagements du donneur d'ordre, il y a donc selon Kleiner (p. 39) et Schinnerer (p. 228) présomption de non accessorité ; voir la référence de Kleiner à l'arrêt *Western Credit Ltd. v. Alberry* (1964) 1, *WLR*, 945, où les juges avaient à apprécier de la signification de la clause suivante : « In consideration of your having agreed at my request to enter into the annexed agreement with (my son) as hirer, I... guarantee the payment by the hirer to you of the installments in the said agreement agreed to be paid and the performance and observance by... the hirer of the terms of the... agreement ; and I will indemnify you... ». Selon le juge, la claire référence aux obligations contractuelles du débiteur principal devait l'emporter sur l'emploi de la dénomination « indemnity ». La sûreté personnelle était donc, *in casu*, accessoire.

126. Kleiner B., *Die Abgrenzung...*, pp. 48-49 ; Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, p. 232.

127. Kleiner B., *Die Abgrenzung...*, p. 51 ; Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, pp. 280 et ss. L'exemple repris par ce dernier est le suivant : « ...sans excuse ou objection, nous désistant de tout droit d'opposition, ainsi que du bénéfice de division et du bénéfice de discussion... et sans examiner si votre réclamation est légale ou non... ».

Même remarque à propos du modèle français de caution en matière de marchés publics paru au *Journal Officiel* du 30 septembre 1960, p. 8884.

Specific reference to the legal rules governing guarantees (eg, clause waiving Articles 2031-2037) is unanimously considered by legal writers as a simple presumption of an ancillary clause which may be rebutted by the facts.

The question of "documentary" guarantees should be treated in the same manner. In each case, the type of document requested must be examined to determine if the surety is ancillary or not. Three types may be discussed.

Most often the guarantee will be paid upon presentation of a statement, by the beneficiary. These clauses simply facilitate the principal's recourse.

Other clauses require an expert's certificate. The bank only has to verify the conformity of these documents as it does for letters of credit.

Finally the document may be an arbitral or judicial

22. La question des garanties documentaires doit être traitée de la même façon : il s'agit dans chaque cas d'examiner la portée du document demandé pour déterminer si la sûreté personnelle peut être considérée comme accessoire ou non.

Trois types de garanties documentaires peuvent être envisagés de ce point de vue :

- le plus souvent, le paiement de la garantie aura lieu contre remise d'une simple déclaration (« Statement ») écrite du bénéficiaire ou d'une déclaration plus circonstanciée ¹²⁸.

De telles clauses ne peuvent être interprétées comme des indices d'une volonté d'accessorité. Elles entendent simplement faciliter les recours du donneur d'ordre ¹²⁹.

- Dans certains cas, le paiement est conditionné par la présentation d'un certificat émanant d'un expert non arbitre ¹³⁰. De telles garanties ne sont pas accessoires. La banque a simplement à vérifier la conformité extérieure de ces documents comme elle le fait dans le cas d'un crédit documentaire ¹³¹.

- Enfin, le document prévu peut être la sentence arbitrale ¹³², un jugement ou l'exigence d'une preuve de

128. Ainsi, l'exemple cité par Kleiner : « Nous nous engageons irrévocablement à vous payer le montant contre déclaration écrite que : 1. vous avez délivré la marchandise... en accord avec les termes du contrat sus-mentionné ;

2. vous n'avez pas reçu le paiement pour une telle délivrance. »

129. Nous aurons en effet l'occasion de montrer que des déclarations circonstanciées peuvent permettre au donneur d'ordre d'établir plus facilement la fraude du bénéficiaire et, dès lors, de recourir contre lui après paiement, voire d'empêcher le paiement. Il semble que les banques s'orientent de plus en plus vers la pratique de telles garanties.

130. Ex. « Contre déclaration de la Chambre de commerce suivant laquelle la machine n'était pas installée tel jour, telle heure... ».

131. Selon nous, les Règles et Usances relatives au crédit documentaire doivent sur ce point trouver application (voir à cet égard l'art. 867 de la loi tchécoslovaque et Käser J., *Garantieversprechen...*, *Rabels Z.*, 1971, 612).

132. Le Congrès de Moscou (octobre 1972) a consacré un de ses thèmes à l'arbitrage et aux garanties contractuelles. Il a notamment évoqué le rôle important que l'arbitrage pourrait jouer à cet égard. Notamment, il entendait montrer que des formules rapides d'arbitrage pouvaient satisfaire les exigences de liquidité revendiquées par le

non accomplissement par le donneur d'ordre de ses obligations ¹³³. Si les deux premières clauses visent indiscutablement à rendre la sûreté personnelle accessoire (le paiement est, en effet, conditionné par la vérification du bien-fondé de la demande du bénéficiaire ¹³⁴, la clause prévoyant le paiement « à première demande dans la mesure où elle est accompagnée de documents montrant à l'évidence le non-accomplissement par le donneur d'ordre de ses obligations » est dangereuse et est à rejeter ¹³⁵. Elle oblige la banque à rechercher dans quelle mesure les documents remis prouvent effectivement ou non le bien-fondé de la demande. Elle est donc contraire à la volonté des banques de ne pas être l'arbitre des différends entre les parties au contrat commercial.

Il faut signaler enfin dans le même ordre d'idées, les clauses de garantie « payables à première demande, accompagnées de l'énumération des griefs allégués par le bénéficiaire » et « susceptibles d'être suspendues si, pendant le délai de X jours, le (donneur d'ordre) apporte la preuve d'un recours à une instance arbitrale » ¹³⁶. Si de

decision finding the principal has not performed. If the first two types of clauses seek to make the guarantee ancillary, the clause requiring the guarantor to verify the merits of the beneficiary's demand for payment is dangerous and should be rejected because it would make banks become arbitrators.

Finally certain clauses stipulate that the beneficiary must enumerate the alleged faults and the principal has X days to prove that he has started

bénéficiaire. Trois propositions furent faites à cet égard. On en trouvera un excellent résumé chez Kopelmanas L., *Les garanties bancaires de bonne fin...*, pp. 558 et ss., voir aussi la proposition de Maître Lambert Matray dans son article publié à la *Revue de la Banque*, 1974, pp. 287 et ss.

133. Ainsi la clause prévue comme modèle par les banques suisses : « la banque soussignée s'engage comme caution solidaire de l'exportation à payer le montant de ... pour autant qu'il est prouvé que le bénéficiaire peut faire valoir des prétentions (anspruche) contre le donneur pour non exécution de ses obligations contractuelles. »

134. Eisemann (Rapport cité pp. 11 et ss.) fait remarquer à cet égard que la remise d'une sentence arbitrale n'équivaut pas toujours à l'établissement que la prestation prévue dans la garantie est due par le bénéficiaire. La remise d'une sentence oblige en effet le banquier à vérifier son contenu. Or ce devoir de vérification est contraire à la volonté de la banque de ne pas être l'arbitre des différends entre donneur d'ordre et bénéficiaire et justifie la conclusion de Pleyer (p. 11) : « L'intervention d'un tribunal d'arbitrage n'a de sens que lorsqu'une décision claire peut être rapidement apportée de la part de ce tribunal ».

135. Même argument que pour l'« Effectivklausel » (*supra* n° 21).

136. C'est le modèle de clause proposée par M. Dubisson (*Le droit de saisir les cautions de soumission...*, *D.P.C.I.*, p. 456). Rappelons que l'ancien article 8 bis du projet de la CCI (Doc. 460/150 - 470/230) proposait que le paiement de toute garantie à première demande puisse, dans les sept jours ouvrables à compter de la réception de la demande, être suspendu par la notification « au garant d'une mesure pour porter l'affaire devant les tribunaux ou l'instance arbitrale prévue par le contrat ». Ce projet n'a pas été accepté par les bénéficiaires et l'actuel projet de la CCI n'a pu régler la question de la garantie à première demande (voir à cet égard, nos réflexions, *supra* n° 7).

arbitral proceedings. This type of clause is ancillary.

These rules do not always allow for a clear-cut decision. In case of doubt, most legal writers consider that the clause should be considered to be a guarantee.

telles clauses sont à interpréter comme représentant un engagement purement accessoire, leur avantage réside en cela qu'elles dégagent de toute responsabilité le garant lors du paiement suite à une demande non fondée mais non suspendue par le donneur d'ordre.

23. S'il est évident que l'ensemble des règles auxquelles nous venons de faire allusion ne permet pas toujours de conclure de façon nette en faveur du cautionnement ou de la garantie, la majorité des auteurs¹³⁷ estiment qu'en cas de doute, il faut conclure en faveur du cautionnement et non de la garantie, l'engagement de la caution étant moins lourd et le doute profitant au débiteur.

E. — DROIT APPLICABLE

24. L'article 10 des Règles et Usances stipule : « Si la garantie n'indique pas la loi qui la régit, la loi applicable est celle du lieu d'établissement du garant. Si le garant a plus d'un établissement, la loi applicable est celle du lieu de la succursale qui a émis la garantie ».

Deux remarques s'imposent :

- l'une, théorique, s'étonne du fait que le principe retenu n'ait pas été, conformément à la jurisprudence française¹³⁸, l'application à la sûreté personnelle de la loi du contrat principal¹³⁹ ;
- la pratique oblige à reconnaître que fréquemment les bénéficiaires réclament l'application au contrat de

137. Kleiner B., *Die Abgrenzung...*, p. 56 ; IMP, *Le droit du cautionnement...*, p. 56 ; les références ; Oftinger K., *Ueber Bankgarantien*, SJZ, 1941, p. 60 ; Käser J., *Garantieversprechen...*, p. 31 ; Gillierron P., *Les sûretés personnelles...*, p. 201 ; *contra* Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, p. 228.

138. Cass. civ., 15 février 1972, *Rev. Crit. D.I.P.*, p. 77, note Battifol.

139. L'article 10, al. 2 du projet CEE (IMP, *Le droit du cautionnement*, p. 79, *in fine*) adopte le même principe que les Règles et Usances de la CCI. Une sentence rendue par la Cour d'arbitrage de la CCI (sentence 1512 du 24 février 1971, citée par Matray L., *Revue de la Banque*, p. 285) illustre ce principe : « Une banque garante refuse d'intervenir au motif que le contrat de base avait été annulé selon la loi qui lui était applicable. Le tribunal estima que le contrat de garantie était régi par une autre loi que celle qui avait prononcé la nullité.

Voir en faveur de cette solution, Finger P., *Bankgarantien und Deutsches Internationales Privatrecht*, AWD, 1969, p. 486 ; Pleyer K., *Die Bankgarantien...*, p. 15 ; *contra* Schultz J.C., *Sureties in Commercial World*, p. 22 ; Dubisson M., *Le droit de saisir les cautions de soumission*, D.P.C.I., 1977, p. 440.

garantie de la loi de leur pays¹⁴⁰ par les tribunaux de ce même pays.

require that the contract of guarantee be subject to the law and courts of its own country.

II. RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LES DIFFÉRENTES PARTIES¹⁴¹

A. — AVANT L'APPEL A LA GARANTIE

25. Nous n'examinerons sous ce point que deux questions :

1°) La détermination de la durée de la garantie. La solution de cette question est nécessaire pour fixer le moment de l'appel à la garantie. A cet égard, il sera important de préciser la signification de la date souvent prévue dans les contrats de garantie ;

2°) La modification de l'opération commerciale entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Cette modification peut entraîner une aggravation considérable du risque souscrit par le garant. Dans quelle mesure le garant peut-il, dès lors, intervenir lors d'une modification des clauses du contrat principal ?

a. La durée de la garantie

26. Le principe est clair : en général, toute garantie spécifie la date limite de réception des demandes par le garant. « Si le garant n'a reçu aucune demande au plus tard à la date de validité, la garantie cesse d'être valable » indépendamment de la remise ou non de l'acte de garantie.

The principle governing the term of the guarantee is clear and supported by the ICC and most legal writers: the guarantee stipulates a last date (ex-

140. ... particulièrement dans le cas de contrats passés avec des organismes gouvernementaux, voir à cet égard, l'analyse des réponses au questionnaire de l'Uncitral (CCI Doc. 460/168 - 470/244, Anm. I, p. 10) ; sur cette même tendance, Lieseke W., *Rechtsfragen der Bankgarantien*, p. 22.

141. Nous n'envisageons dans ce point II que les cas de « garantie ». Nous supposons en effet qu'en ce qui concerne de véritables « cautions », les règles juridiques prévues par la loi sont connues.

piry date) after which the guarantor is no longer liable.

Certain countries refuse to accept an expiry date (eg, Thailand, Brazil) or refuse to legally recognize a specified date (eg, Syria, Jordan) or apply the statute of limitations (eg, Turkey) instead.

Ce principe, récemment affirmé par les Règles et Usances de la CCI¹⁴², est approuvé par l'ensemble des auteurs¹⁴³.

Il se heurte cependant à la pratique¹⁴⁴ de certaines garanties valables sans limite de durée. Certains pays¹⁴⁵ n'acceptent pas en effet l'inscription d'une date limite ou lui dénie toute valeur¹⁴⁶, par exemple, en donnant au bénéficiaire la prérogative d'exiger la prorogation de la garantie¹⁴⁷. D'autres pays, et notamment la Tur-

142. Art. 4 et 5 des Règles et Usances.

Notons que l'article 4 prend soin de préciser en outre que si aucune date limite n'est spécifiée dans le contrat, celle-ci sera réputée fixée :

a) dans le cas d'une garantie de soumission, à l'issue d'une période de six mois après la date d'émission de la garantie ;

b) dans le cas d'une garantie de bonne exécution, à l'issue d'une période de six mois — à partir de la date prévue au contrat — pour la livraison ou l'achèvement des travaux ou après tout report de la dite date ;

c) dans le cas d'une garantie de remboursement, à l'issue d'une période de six mois à partir de la date prévue au contrat pour la livraison ou l'achèvement des travaux ou après tout report de la dite date.

L'article 6 prescrit en outre : lorsqu'une garantie cesse d'être valable... le fait de conserver le document dans lequel est incorporé la garantie ne confère par lui-même aucun droit au bénéficiaire et celui-ci doit restituer sans délai le document au garant.

143. Gutteridge-Megrah, *The Law of Bankers Commercial Credits*, p. 146 ; Payer K., *Die Bankgarantien...*, W.M., 1973, p. 17 ; Canaris K.W., *Bankvertragsrecht*, Anm. 516 ; Käser J., *Garantieversprechen...*, in Bergström-Schultsz-Käser, p. 40 ; Rapport U.S., *Uncitral*, A/CN.9/101, p. 13 ; Zähn J., *Zahlung und Zahlungssicherungen...*, p. 252 ; en outre, art. 671, Code de commerce extérieur tchécoslovaque.

144. Au sujet de la pratique en cette matière, lire les conclusions intéressantes tirées de l'analyse de la réponse au questionnaire élaboré par la CNUDCI (CCI, Doc. 460/168 - 470/244 Annexe 1, p. 6) et leur commentaire par M. W. Vis (même document, annexe 2, p. 12).

145. Ainsi la Thaïlande, l'Inde, l'Afghanistan et le Soudan refusent l'inscription de toute date limite. Voir aussi le cas du Brésil cité par Payer K., *Die Bankgarantien...*, p. 17, n° 171.

146. Ainsi, le cas de la Syrie où, d'après le texte officiel, la lettre de garantie demeure valable jusqu'à sa restitution nonobstant toute mention de date. La mention doit être interprétée comme une simple indication de durée pour l'opération à laquelle elle se réfère ; même remarque pour la Jordanie, l'Iran, le Liban. Ainsi, la banque jordanienne avisera le ministère jordanien de la prolongation de la validité pour une période de trois mois et cette prolongation se poursuivra automatiquement, jusqu'à ce que la banque reçoive une lettre du ministère par laquelle celui-ci annule la garantie.

147. Cas de la Lybie et de l'Iran : « La présente lettre de garantie sera valable jusqu'à X... et sera prorogée pour la période demandée par... Dans le cas où la banque ne voudrait ou ne pourrait pas proroger la lettre de garantie... la banque est tenue de payer ladite somme à... sans une nouvelle demande ».

quie¹⁴⁸, appliquent à l'engagement de garantie les règles habituelles de prescriptions¹⁴⁹.

b. La modification de l'opération commerciale

27. L'opération commerciale peut être modifiée de deux façons : les parties peuvent en étendre la durée ou le contenu. Le dernier cas n'est pas rare : un exportateur d'usines « clé sur porte » peut être amené au cours de l'exécution du contrat à devoir fournir une usine de capacité supérieure à celle originairement prévue. De telles modifications accroissent les risques du garant puisqu'elles multiplient les probabilités d'appel à la garantie. « La connaissance des amendements des conditions du contrat est, par conséquent, importante pour le garant ».

Ce désir légitime du garant explique les solutions retenues par la CCI¹⁵⁰.

— En ce qui concerne la garantie de soumission, « elle n'est valable qu'au regard de la soumission d'origine... et de la date indiquée dans la garantie », à moins que le garant n'ait notifié au bénéficiaire... que la garantie s'appliquait nonobstant ou que la date de validité n'ait été prorogée ».

— En ce qui concerne la garantie d'exécution, les Règles et Usances prévoient qu'en principe la garantie couvre tout amendement sauf stipulation contraire¹⁵¹. « Toutefois, la garantie ne saurait être valable pour un montant supérieur à celui qui y est indiqué, ou au-delà de

A trade transaction may be modified in two ways : the parties may extend its term or broaden its content, (eg, the parties to a turn-key contract may agree to increase the capacity). These modifications increase the guarantor's risks and the guarantor should be informed of them.

This legitimate desire of the guarantor explains the solutions adopted by the ICC. Concerning tender guarantees, they are only valuable for the original tender and the expiry date specified in the guarantee, unless the guarantor notifies the beneficiary otherwise. Concerning a performance guarantee, unless stipulated otherwise, the guarantee covers all modifications but is limited to the initial amount and expiry date unless the guarantor

148. Les banques turques, pour se mettre en accord avec la jurisprudence de leur Cour de cassation, exigent de pouvoir faire appel, pendant dix ans, à la garantie pour des faits survenus avant la date de validité (cf. à cet égard, les commentaires de M. Dubisson, *Le droit de saisir les garanties de soumission*, D.P.C.I., 1977, 3, p. 452).

149. Le problème posé par la Cour de cassation turque mérite d'être examiné : l'engagement né d'une garantie soumise au droit belge n'est-il pas prescriptible comme tout engagement y compris celui né du cautionnement. Peut-on admettre que l'existence d'usages commerciaux internationaux même traduits en règles et usances déroge à ce principe général de notre Code civil ?

150. Il s'agit de l'article 7 des Règles et Usances.

151. Remarquons que l'ancien article 4 du projet prévoyait le principe contraire. Le garant devait être informé de la modification sauf renonciation (art. 4, al. 2, Doc. n° 460/150 - 470/230).

agrees to different amount or date.

The ICC's solutions do not reflect business practice. Most contracts of guarantee concluded with banks of developing countries stipulate the beneficiary's unilateral right to extend the term of the guarantee. The same holds true for modifications of the substance of the contract...

because either the guarantee contract does not refer to the principal contract which it guarantees the proper performance of and this omission entails the guarantor's obligation to accept all modifications or the guarantee contract excludes the guarantor's right to rely on a modification of the principal contract or the guarantee becomes payable if the guarantor refuses modifications of the principal contract.

la date de validité mentionnée », sauf accord du garant ¹⁵².

Ces solutions de la CCI trouvent peu d'échos dans la pratique actuelle. A propos de la date, nous avons déjà noté ¹⁵³ que la plupart des contrats de garantie passés avec les banques des pays en voie de développement au profit d'organismes publics de ces mêmes pays prévoyaient la possibilité pour le bénéficiaire de proroger unilatéralement la durée de la garantie.

La même remarque s'impose en ce qui concerne les modifications des clauses du contrat, objet de la garantie. En effet, soit le contrat de garantie ne se réfère pas au contenu de l'opération de base dont il garantit la bonne exécution ¹⁵⁴, et cette absence de référence entraîne l'obligation pour le garant de subir toute modification de l'opération principale, soit le contrat de garantie exclut purement et simplement que le garant puisse se prévaloir d'une modification du contrat principal ¹⁵⁵, soit, enfin, le contrat de garantie prévoit qu'il sera fait appel immédiatement à la garantie en cas de refus du garant de consentir aux modifications de l'opération principale.

B. — L'APPEL A LA GARANTIE ET SES CONSEQUENCES

28. L'appel à la garantie soulève en droit les questions suivantes :

152. Une ancienne version proposait la nécessité de l'accord du garant pour toute « modification substantielle ». Cette proposition fut rejetée. Elle impliquait un jugement d'ordre subjectif inconciliable avec le but poursuivi par la délivrance d'une garantie et la volonté des banques de ne pas être les arbitres des différends ni d'être mêlées aux conflits entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire.

153. Voir *supra* n° 26, notes 144 et 145.

154. Ainsi la clause d'un contrat de garantie émis au profit d'une banque syrienne : « Nous nous engageons à verser à vos caisses le montant de cette garantie sur première demande écrite de votre part, à défaut d'une telle demande et à moins d'avoir nous-mêmes renouvelé ou prorogé cette garantie. Nous serons tenus, passée la date de son échéance d'en verser la contrevaletur à vos caisses, sans qu'il y ait lieu à aucune formalité de votre part ».

Si une telle clause reste exceptionnelle, notons que la plupart des contrats se contentent d'une référence administrative (n° du contrat, date et nom des parties) sans détailler le contenu de l'opération visée. Ainsi le contrat en faveur des banques iraniennes : « suite au contrat n° ... conclu entre ... et ... ».

155. Exemples : la clause (c) du contrat publié à l'annexe 1 ; la clause B du contrat publié à l'annexe 4 ; etc. (« Textes et Documents » pp. 450 et 451).

1°) le droit pour la banque de refuser le paiement,

2°) le droit pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement,

3°) les recours de la banque après paiement :

— contre le donneur d'ordre,

— contre le bénéficiaire.

a. Le droit pour la banque de refuser le paiement

29. La réception de la demande, éventuellement accompagnée de documents conformes en apparence à ceux qui ont été réclamés, oblige la banque au paiement sans qu'elle puisse opposer une quelconque exception tirée du contrat commercial garanti ou de ses rapports avec le donneur d'ordre ¹⁵⁶. La doctrine ¹⁵⁷ et la pratique ont coutume d'attribuer à la garantie un degré d'abstraction ¹⁵⁸

In general, the receipt of the demand for payment, eventually accompanied by the required documents, obliges the guarantor to pay without asserting defenses available under the contract guaranteed or of the principal.

Legal writers and practice consider the independent nature of an indemnity contract to be similar to a letter of credit

156. Ainsi, par exemple, la banque garante ne peut faire valoir ni l'impossibilité de récupérer auprès de son client les sommes versées, ni la rupture de ses relations avec ce dernier, ni même le fait du prince étranger lui interdisant tout recours contre le donneur d'ordre (sur ce dernier point, Lieseke, *Rechtsfragen...*, p. 26 ; Schönle H., *Bank und Börsenrecht*, § 28, II, 2 ; Canaris K.W., *Bankvertragsrecht*, Anm. 522).

157. Ainsi, notamment Portale G.B., *Fideiussione e Garantievertrag...*, p. 1064 ; Lieseke W., *Rechtsfragen...*, p. 26 ; Von Caemmerer E., *Bankgarantien...*, p. 298 ; Harfied H., *Bank Credits and Acceptances*, pp. 168 et ss., Megrah and Ryder, *The Law of the Commercial Credit*, pp. 9 et 38 ; Canaris K.W., *Bankvertragsrecht*, p. 821, etc. La même comparaison est reprise dans quelques arrêts : LG Frankfurt, 16 octobre 1962, *NJW*, 1963, p. 451 ; LG München, 1^{er} août 1972 (inédit) ; cf. aussi *Howe Richardson Scale Co Ltd. v. Polimex Cekop...* (1978) *Lloyd's Rep.* 161 (Court of Appeal) : « La banque est en principe dans une position non identique mais très similaire à la position d'une banque qui a ouvert une lettre de crédit confirmée et irrévocable ».

Rappelons que les banques américaines émettent leurs garanties sous forme de lettres de crédit, ce qui souligne encore le rapprochement des deux institutions.

158. Par cette expression, il ne s'agit pas pour autant d'affirmer que le crédit documentaire et la garantie sont des engagements de nature abstraite et non causale. Ainsi Kübler (*Feststellung und Garantie*, pp. 175 et ss.) estime que l'abstraction identique de ces deux engagements, c'est-à-dire leur égal degré d'indépendance par rapport au contrat de base s'explique par la notion de cause. Sur l'identité d'abstraction des deux institutions, lire Kleiner B., *Die Zahlungspflicht...*, *SJZ*, 1977, p. 354.

even though their functions are different.

In both cases, the duty to pay is absolute.

There are two exceptions to this principle of independence. First, these contracts are subject to public policy but international public policy. Second, the guarantor has the right to refuse payment if the demand is manifestly fraudulent.

identique à celui du crédit documentaire même si leurs fonctions diffèrent¹⁵⁹.

Il s'agit dans un cas comme dans l'autre « de payer d'abord, de réclamer ensuite »¹⁶⁰. Le devoir de paiement du garant est donc absolu.

Deux exceptions existent cependant à l'abstraction de la garantie¹⁶¹ :

- la première concerne les bonnes mœurs et l'ordre public¹⁶². Encore faut-il entendre cette dernière notion de façon restrictive, il s'agit en effet de l'ordre public international (par exemple les prescrits contre le trafic de drogues et la traite des blanches¹⁶³). Dès lors, il semble que la garantie bancaire émise pour un contrat passé avec un étranger devenu ennemi doive être respectée¹⁶⁴.
- la seconde concerne la demande manifestement abusive¹⁶⁵. Le garant est autorisé à refuser le paiement s'il résulte des documents ou d'un fait extérieur que, de façon évidente, l'éventualité soumise à garantie ne s'est pas produite.

159. « A côté de l'accréditif, existent encore d'autres promesses de paiement émises par les banques dans le commerce international, à savoir la caution ou la garantie bancaire. Ces dernières ne servent pas au paiement de l'opération mais fondent une obligation subsidiaire de la banque relative aux divers risques qu'une opération ne se déroule pas éventuellement comme prévue » (Zahn J., *Zahlung und Zahlungssicherungen*, p. 247) ; voir aussi à ce propos, Canaris (*Bankvertragsrecht*, Anm. 502) qui distingue la « Sicherungsfunktion » de la garantie de la « Zahlungsfunktion » de l'accréditif. Même remarque chez Kleiner (*Die Abgrenzung*, p. 99), « le garant ne s'engage que « subsidiairement », elle (la banque apéritrice d'un crédit documentaire irrévocable) s'engage de façon « principale » (primär). »

160. Selon l'expression de Pleyer (*Die Bankgarantien*..., p. 26).

161. Les mêmes exceptions existent au profit de la banque qui ouvre un crédit documentaire.

162. Sur cette expression, lire Kübler Fr., *Feststellung und Garantie*, p. 187 ; Lieseke W., *Rechtsfragen*..., p. 25 ; Canaris K.W., *Bankvertragsrecht*, Anm. 523.

163. Ces deux exemples sont classiques dans la doctrine allemande.

164. C'est ce qu'ont décidé les arbitres dans l'affaire *Dalmia Current* déjà citée. En cela, ils suivent la jurisprudence établie en matière de crédit documentaire : *Roma* 30 avril 1942, *Banca Borsa e tit. di Cred.*, 1943, II, p. 45.

165. Sur ce point, notamment Van Caemmerer E., *Bankgarantien*..., p. 303 ; Lieseke W., *Rechtsfragen*..., p. 26 ; Portale G.B., *Fideiussione e Garantievertrag*..., p. 1022 ; Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, p. 248 ; Pavicevic B., *Dokumentenakkreditiv*..., in *Marschall-Rosenberg-Pavicevic*, p. 105 ; Rapport hongrois, *Uncitral*, A/CN 9/45, p. 14.

La règle énoncée ici correspond à celle déjà reconnue en matière de crédit documentaire¹⁶⁶. Elle peut s'exprimer de la façon suivante : les exigences de la fonction de l'accréditif ou de la garantie ne peuvent aller à l'encontre des règles de la bonne foi¹⁶⁷ que lorsque l'abus de droit est manifeste : à cet égard, une simple allégation de fraude ne peut suffire, il faut un cas de fraude clairement établi, une « preuve liquide » (*liquide besweisbar*)¹⁶⁸.

La doctrine reconnaît de façon unanime l'application d'un tel principe au contrat de garantie¹⁶⁹. Un cas récent de jurisprudence a cependant eu l'occasion de souligner l'interprétation éminemment restrictive qu'il fallait donner à l'expression « fraude manifestement abusive ». Dans l'affaire *Owen v. Barclays Bank* soumis à la Cour d'appel de Londres le 15 juillet 1977¹⁷⁰, les faits étaient les suivants : un exportateur anglais conclut un contrat d'installation avec le gouvernement lybien. En contrepartie de la

This rule is similar to the one applicable to letters of credit. It can be summarized by saying that the guarantee may not be contrary to good faith or an abuse of rights. A simple allegation of fraud is insufficient. It must be a clear case of fraud.

A 1977 English decision Owen v. Barclays Bank evidences the restrictive interpretation of manifestly fraudulent. The facts were that an English exporter contracted with the Libyan government. The government required a Performance Bond on demand without proof or conditions. The beneficiary was a Libyan bank. The exporter required a letter of credit. The Bond was delivered by the English bank but no letter

166. Voir notamment, Zahn J., *Zahlung und Zahlungssicherungen*, p. 164 ; Kübler Fr., *Feststellung und Garantie*, p. 195 ; Wessely W., *Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag*, Thèse, Köln, 1975, pp. 181 et ss., et les nombreuses références ; voir aussi les jugements suivants : Trib. de Comm. Bruges, 11 juillet 1952, *Rev. de la Banque*, 1952, p. 583 ; BGH, 26 juin 1963, *W.M.*, 1963, 844 ; *Discount Records Ltd v. Barclays Bank Ltd*, (1975), 1, All. E. R. 1071.

167. Sur la bonne foi comme fondement de cette exception à l'abstraction, lire Portale G.B., *Fideiussione e Garantievertrag*..., p. 1072 et les nombreuses références y citées.

168. Sur la nécessité d'une compatibilité du respect de la bonne foi avec le sens et le but de l'accréditif, lire l'article remarquable de Erman (*Einwirkungen des Kaufvertragsverhältnisses auf die Akkreditivverpflichtung der Bank*, in *Festschrift für Rittershausen*, Stuttgart, 1968, pp. 261 et ss.) ; voir aussi l'arrêt anglais *British Imex Industrie Ltd. v. Midland Bank Ltd* (1958, 1, QB, 542) : « Il est important de noter que dans le cas *Szteyn* (cas, où la *Queens Bench* avait admis le refus de paiement), la Cour avait affaire à un cas de fraude établie. Dans le cas présent, il n'y a, loin s'en faut, aucune fraude établie mais seulement une allégation de fraude », et le juge Megarry de conclure : « It would be slow to interfere with banker's irrevocable credits, and not least in the sphere of international banking, unless a sufficiently grave cause is shown. »

169. Voir les références citées même n°, note 165. Sur ce point, lire aussi Kleiner B., *Zahlungspflicht*..., *SJZ*, 1976, p. 355.

Deux arrêts de la jurisprudence l'admettent de même *a contrario*. *Harbottle Ltd v. Nat. Westminster Bank Ltd*, 1977, 3 W.L.R., 752 et l'avis du juge Kerr : « Il n'y a pas ici cas de fraude établie » ; *OLG Frankfurt*, 12 février 1974, *B.B.*, 1974, p. 254 (sur ces deux arrêts, voir *infra* n° 33).

170. *Edward Owen Ltd v. Barclays Bank* (1977) 3 W.L.R., 764. Cet arrêt est analysé par M. Elland-Goldsmith (*Performance Bonds in the English Courts*, *D.P.C.I.*, 1978, 151).

of credit was ever obtained. The Libyan bank called the Bond. The government acknowledged that its refusal to open a letter was a breach of contract. The English exporter petitioned the court. The court held that the English bank could not refuse payment because the fraud alleged by the exporter was not evident for the bank given that the bank was not privy to the contractual relations between the exporter and the government.

A case where the bank would have knowledge of the fraud is where the beneficiary alleges failure of delivery when the bank has documentary proof (acknowledgements) that delivery took place.

fourniture d'un « performance bond on demand without proof or conditions », l'exportateur exige l'ouverture d'un crédit documentaire par son contractant lybien. Le « performance bond » est effectivement délivré par une banque anglaise, mais aucun crédit documentaire conforme aux stipulations du contrat n'est ouvert. La banque lybienne, bénéficiaire du « performance bond », fait appel à ce dernier, alors que le client lybien à la demande de l'exportateur anglais accepte de considérer son refus d'ouvrir le crédit documentaire comme une « répudiation » du contrat. Les juges anglais, saisis par l'exportateur, dénie à la banque anglaise le droit de refuser le paiement : la fraude alléguée par l'exportateur ne présente aucun caractère d'évidence pour la banque, elle a trait aux seuls rapports contractuels entre l'exportateur et son contractant lybien et rien ne prouve que la banque anglaise ait dû en avoir connaissance... ».

Si une fraude évidente ouvre donc au banquier un droit et un devoir propres¹⁷¹ de refuser le paiement, de telles hypothèses resteront rares. On peut cependant imaginer que la déclaration écrite du bénéficiaire spécifiant les raisons de l'appel à la garantie permettent à la banque d'établir clairement la fraude ainsi, par exemple, si le bénéficiaire affirme que le vendeur, donneur d'ordre, n'a pas exporté la marchandise alors que la remise des connaissements à la banque, par ailleurs confirmatrice du crédit documentaire, atteste que la livraison a eu lieu¹⁷². Remarquons que c'est le donneur d'ordre lui-même qui cherchera à établir la fraude évidente. Dans le

171. Nous insistons sur le fait qu'il s'agit d'un droit propre au banquier, droit né du contrat de garantie qu'il a lui-même passé avec le bénéficiaire. C'est en effet sur base d'un appel abusif à la garantie que le bénéficiaire viole son obligation de bonne foi vis-à-vis du garant. A ce propos, voir Pleyer (Die Bankgarantien..., p. 19). Auhagen (pp. 57 et 77) argumente avec raison : « ce n'est pas sur base de l'opération garantie mais bien sur base de son propre rapport avec le bénéficiaire, que le banquier, lors de l'appel, refuse le paiement ». Les trois arrêts récents de la jurisprudence anglaise analysés par Elland-Goldsmith insistent sur le fait que la fraude doit être manifeste pour le banquier et non seulement pour le donneur d'ordre. Ce n'est que dans ce cas, que le banquier qui paierait malgré la fraude évidente du bénéficiaire serait responsable vis-à-vis de son client.

172. Il resterait à voir si les divisions administratives des banques n'empêcheraient pas la découverte d'une telle fraude.

Un autre cas pourrait être cité. Il s'agit du cas de l'appel à la garantie pour vices cachés de la marchandise livrée cinq ans après l'exécution d'un marché relatif à l'exportation de machines-outils amorties en trois ans (exemple donné par un praticien).

cas où une telle preuve est possible, le donneur d'ordre peut-il empêcher le garant de s'exécuter ? C'est ce droit du donneur d'ordre que nous allons étudier maintenant.

b. Le droit pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement

30. Théoriquement, deux moyens s'offrent au donneur d'ordre pour empêcher le paiement : la saisie-arrêt (l'Arrest allemand) et la requête (l'Injunction anglais, l'Einstweilige Verfügung allemand).

Avant d'étudier leur applicabilité au cas de la garantie, il faut savoir si le donneur d'ordre doit être averti de l'appel fait par le bénéficiaire à la garantie afin de pouvoir faire valoir éventuellement ses droits. En d'autres termes, les garants sont-ils tenus d'avertir leurs mandants ?

Si la pratique enseigne que les garants avertissent souvent, voire toujours, leur client avant de payer, il n'en reste pas moins vrai que les banques prennent souvent soin lors de la conclusion du contrat de garantie de faire signer au donneur d'ordre une clause les autorisant à payer sans devoir avertir le client¹⁷³. A l'encontre de cette clause, notons que l'article 8, alinéa 2¹⁷⁴ des Règles et Usances de la CCI fait de l'avertissement au client une obligation.

173. En Allemagne, c'est en vertu du règlement général de l'ouverture de crédit (article 13) que les banques sont autorisées au paiement sans avertissement du client et au débit automatique du compte de ce dernier (cf. à ce propos Lieseke W., Rechtsfragen..., p. 28 ; Pleyer K., Die Bankgarantien..., p. 12). Sont moins explicites à cet égard, les clauses françaises (cf. le modèle de demande de caution repris par Wattiez J.P., Le cautionnement bancaire, p. 176 *in fine*) et belges : exemple : « dès à présent, nous vous autorisons irrévocablement à payer à ..., à sa première demande, toute somme qu'elle vous réclamerait en exécution de la garantie de ... que vous êtes disposés à lui fournir à notre ordre et sous notre responsabilité, et ce sans qu'il lui soit nécessaire d'établir vis-à-vis de vous, le bien-fondé de sa réclamation, autorisation qui restera valable ... ».

« Nous nous engageons à vous rembourser immédiatement les sommes ainsi payées... ».

174. « Dès réception d'une demande, le garant doit immédiatement la notifier au donneur d'ordre ou à la partie donnant des instructions, selon le cas, ainsi que toute documentation fournie à l'appui ». N'oublions pas que ces Règles et Usances ne s'appliquent pas aux garanties à première demande.

Theoretically, the principal has two ways to prevent the guarantor from paying: seizure and injunction.

Are guarantors obliged to inform the principal of notice of the demand from the beneficiary?

Although in practice, such notification is made, most banks require the principal to sign a clause authorizing payment without notification.

The ICC Rules require notification.

Is the principal entitled to seize (a distraining order) the guarantee of the guarantor in order to avoid seeking restitution from the beneficiary under an unjust enrichment theory?

For letters of credit, the legal writers and case law recognize the principal's right to seize. They are divided as to the scope of this right. Those who recognize a broad right base their opinion on the fact that the buyer may seize a confirmed irrevocable letter of credit of the seller if the conditions of seizure are met which they are since the seller has not properly performed (1950 decision of Paris Court of Appeals).

1. La saisie-arrêt conservatoire

31. Le donneur d'ordre de la garantie peut-il saisir, arrêter chez son banquier les sommes, objet de la garantie, lors d'un appel abusif à cette dernière ¹⁷⁵ ?

L'hypothèse visée est la suivante : le donneur d'ordre estime avoir rempli parfaitement ses obligations envers le bénéficiaire. Il cherche donc à empêcher le versement de la somme garantie, dont il devrait par la suite réclamer au bénéficiaire la restitution pour enrichissement sans cause ¹⁷⁶.

En matière de crédit documentaire, la doctrine et la jurisprudence, si elles admettent de façon unanime le droit pour le donneur d'ordre du crédit documentaire, c'est-à-dire l'acheteur de saisir-arrêter ¹⁷⁷, sont divisées quant à l'étendue de ce droit.

Ceux qui admettent largement ¹⁷⁸ la saisie-arrêt par l'acheteur, donneur d'ordre d'un crédit documentaire, s'appuient sur le fait que les conditions légales de la saisie-arrêt sont remplies. Comme l'exprime un arrêt de la Cour d'appel de Paris ¹⁷⁹, « aucune disposition légale, non plus qu'aucun principe juridique, ne mettent obstacle à la possibilité pour l'acheteur d'une marchandise qui a fait ouvrir à son vendeur un crédit confirmé irrévocable, de pratiquer saisie-arrêt sur le crédit s'il justifie d'un principe certain de créance contre ce vendeur ». En effet, premièrement, l'acheteur est bien créancier du vendeur, ce dernier ayant mal exécuté son engagement ¹⁸⁰ et, deuxième-

175. La doctrine s'est rarement prononcée à ce sujet, voir toutefois Pleyer K., *Die Bankgarantien...*, pp. 24 et 25 ; Kleiner B., *Die Zahlungspflicht...*, p. 356.

176. La saisie est d'autant plus intéressante que, nous l'avons dit, le donneur d'ordre s'expose bien souvent à un recours difficile devant les juridictions étrangères et selon un droit étranger qui est bien souvent celui du bénéficiaire (voir *supra* n° 23).

177. Nous n'étudions que la saisie-arrêt pratiquée par l'acheteur et non celle pratiquée par les créanciers de l'acheteur ou du bénéficiaire ou de la banque (Pour une étude complète de la saisie-arrêt, voir Van der Gucht R., *La saisie-arrêt en matière de crédit irrévocable*, *Rev. de la Banque*, 1957, pp. 162 et ss., et surtout la thèse allemande de Gessler J., *Pfandungen in Akkreditiv*, Köln, 1967).

178. Notamment Stoufflet J., *Le crédit documentaire*, Paris 1968 ; Molle G., *I contratti bancari*, déjà cité, p. 602 ; Van Maele, *Droit bancaire*, Nouvelles, n° 294 *in fine*.

179. Paris, 16 juin 1950, *JCP*, 1950, II, 190, conclusions de l'avocat-général Cuneo, suite à Civ. Seine réf., 7 mars 1944, *Banque*, 1944, p. 431.

180. L'article 1447 permet en effet désormais au créancier, même sans titre, de recourir à la saisie-arrêt, voir sur cet article et son applicabilité au crédit documentaire, de Laval G., *La saisie-arrêt*, thèse, Liège, 1976, n° 28.

mement, rien n'interdit de saisir-arrêter sur soi-même ou son mandataire les sommes dues à son propre créancier ¹⁸¹. Van der Gucht ajoute : encore faut-il que la créance soit certaine ¹⁸², c'est-à-dire paraisse réelle ¹⁸³.

D'autres ¹⁸⁴ au contraire estiment, comme Escarra ¹⁸⁵, que « de telles solutions aboutissant à tourner les principes universellement admis en matière de crédit irrévocable, sont des plus discutables ». « Il serait non souhaitable et même dangereux au regard de la sécurité commerciale de permettre à l'acheteur par de telles procédures unilatérales d'empêcher le bénéficiaire de percevoir le montant de l'accréditif ¹⁸⁶ ». Il ne peut être fait exception que dans des cas exceptionnels, lorsque la fraude est manifeste ¹⁸⁷. Ainsi, ces auteurs, au nom de la fonction même de l'accréditif, ne permettent la saisie-arrêt à l'acheteur que dans les cas où la banque elle-même pourrait refuser le paiement.

32. Cette longue discussion à propos du crédit documentaire était nécessaire pour résoudre la question de la validité de la saisie-arrêt pratiquée par le donneur d'ordre de la garantie. En effet, au vu des constatations précédentes, il apparaît que la saisie-arrêt en matière de garantie est presque impensable.

Others consider that this right may be exercised only where fraud is manifest.

Based on the analogous situation of letters of credit, it would appear that the right of seizure should not be permitted for indemnities because...

181. Sur cette affirmation et l'applicabilité au crédit documentaire, voir notamment de Leval G., *La saisie-arrêt*, n° 83.

182. Van der Gucht R., *La saisie-arrêt en matière de crédit documentaire*, *Revue de la Banque*, 1957, pp. 188 et 189.

183. Selon l'interprétation actuellement donnée à ce terme, « il suffit que justifiée sommairement et promptement, la créance paraisse réelle » (de Leval G., *La saisie-arrêt*, n° 26).

184. C'est la position unanime des doctrines allemande et suisse : notamment Kübler Fr., *Feststellung und Garantie*, p. 195 ; Canaris K.W., *Bankvertragsrecht* ; Erman W., *Einwirkungen des Kaufvertragsverhältnisses...*, p. 271 ; tout récemment encore Aden M., *Der Arrest in den Anszahlungsanspruch...*, *AWD*, 1976, 680. Pour la doctrine suisse, cf. Schönle H., *Bank und Borsenrecht*, § 8, VIII, p. 124. La jurisprudence allemande citée concerne la procédure de l'« Einstweilige Verfügung » (sorte de requête unilatérale) et sera étudiée à ce moment-là. De même, la doctrine et la jurisprudence anglaises favorables à la limitation des procédures interdisant le paiement du crédit documentaire concernent l'injunction parallèle à notre procédure en référé et seront dès lors étudiées par la suite (voir *infra* n° 32).

185. Escarra J., *Cours de droit commercial*, n° 1407, et note ; voir de même en droit français, les regrets de de Carbonnières, *Autonomie et liens en matière de crédits documentaires*, *Banque*, 1950, pp. 679 et ss.

186. Zähn J., *Zahlung und Zahlungssicherung*, p. 163.

187. Canaris K.W., *Bankvertragsrecht*, Anm. 464 ; Erman W., art. cité, *AWD*, 1976, p. 272 ; et la doctrine déjà citée, *supra*, note 184.

unlike letters of credit where the debt already exists, it is the fraudulent demand for payment which creates the debt between the principal and the beneficiary and...

1. La saisie-arrêt suppose l'existence d'une créance ou du moins de son principe. Or, en matière de garantie, à la différence du crédit documentaire, la créance préexiste rarement au paiement de la garantie. Hormis le cas où le donneur d'ordre de la garantie peut faire état de retard dans l'exécution de l'obligation principale du bénéficiaire de la garantie vis-à-vis de lui¹⁸⁸, c'est par le paiement de la garantie appelée abusivement que naît la créance du donneur d'ordre envers le bénéficiaire¹⁸⁹.

La saisie-arrêt en vertu d'une créance que, précisément, on cherche à empêcher de naître est impensable.

seizure rules should not apply to a first demand indemnity because the function of the first demand would not be respected.

2. Les hypothèses qualifiées d'exceptionnelles, où le garant serait déjà, préalablement au paiement de la garantie, titulaire d'une créance envers le bénéficiaire devraient, selon nous, se voir appliquer le principe suivant, lequel il ne peut y avoir de saisie-arrêt que dans le respect de la fonction même de la garantie à première demande, c'est-à-dire en cas de fraude manifeste¹⁹⁰.

If the seizure right is not available, the other alternative is injunctive relief.

Si la saisie-arrêt n'est ainsi d'aucun secours au donneur d'ordre de la garantie, il lui reste la procédure rapide de référé, voire de requête unilatérale.

2. La procédure en référé

Courts have generally refused injunctive relief because it is contrary to the function of a first demand guarantee except where the facts show manifest fraud. Legal writers also adopt this position.

33. C'est à cet égard que la jurisprudence étrangère relative à la garantie s'est le plus souvent prononcée. Remarquons cependant que si l'urgence est facilement établie¹⁹¹ par le demandeur (c'est-à-dire le donneur d'ordre de la garantie) et sa demande dès lors accueillie, les juges refusent cependant d'accorder la mesure d'interdiction demandée. Le motif en est le suivant : la délivrance de la mesure irait à l'encontre de la fonction même de la garantie à première demande. Nous retrouvons ici le

188. ... ainsi, par exemple, si le crédit documentaire généralement ouvert en contre partie de la garantie n'est pas ouvert conformément aux stipulations du contrat de base (hypothèse du cas Owen cité et commenté *supra* n° 28 *in fine*) ou n'est pas exécuté.

189. Pleyer (Die Bankgarantien..., p. 19) invoque encore d'autres arguments propres au droit allemand.

190. Dans un tel cas, le banquier a, de toute façon, l'obligation de ne pas payer (*supra* n° 29, note 171).

191. Ceci est fort compréhensible... le paiement doit se faire à première demande et ses conséquences sont particulièrement dangereuses pour le donneur d'ordre pour qui le recours sera difficile.

leitmotiv souvent évoqué¹⁹² : il ne peut y avoir d'exception au devoir de paiement de la banque et à son efficacité que dans la mesure où la fraude du bénéficiaire est manifeste. La doctrine est unanime à ce sujet¹⁹³, de même que la jurisprudence.

— Ainsi, l'Oberlandsgericht de Francfort a, le 12 février 1974¹⁹⁴, estimé que : « lorsque le bénéficiaire d'une garantie mise en place par le donneur d'ordre fait appel à celle-ci, le donneur d'ordre ne peut agir contre le bénéficiaire par voie d'injonction provisoire, même si éventuellement il existe un droit de réclamation du donneur d'ordre contre le bénéficiaire et que celui-ci est mis en danger par le paiement de la somme, objet de la garantie ». L'essence de la garantie gît en cela que le paiement doit être assuré même en cas de divergences entre le bénéficiaire et le mandataire... Avec cette fonction (Zweck) est incompatible l'octroi d'une injonction provisoire... Il y aurait lieu cependant de faire valoir d'autres principes dans le cas exceptionnel où un comportement manifestement frauduleux du bénéficiaire serait pris en considération »¹⁹⁵.

— Le juge Kerr dans l'affaire soumise au tribunal anglais Harbottle Ltd v. National Westminster Bank Ltd¹⁹⁶ conclut de la même façon : « C'est seulement en des cas exceptionnels que les cours interféreront dans la délivrance d'obligations irrévocables, assumées par les banques. De telles obligations représentent la vie (life-blood) du commerce international. Elles doivent être regardées comme des auxiliaires destinés à soutenir les droits et obligations assumés entre commerçants. Sauf dans le cas de fraude évidente dont les banques auraient connais-

192. Cf. *supra* n° 29 et 31.

193. Dans la doctrine allemande : notamment Lieseke W., Rechtsfragen..., W.M., 1968, p. 27 ; Pleyer K., Die Bankgarantien..., p. 17 ; Canaris K.W., Bankvertragsrecht..., Anm. 524 ; Zähn J., Zahlung und Zahlungssicherung, p. 252 ; Von Caemmerer E., Bankgarantien..., p. 304.

Dans la doctrine suisse : Kleiner B., Die Zahlungspflicht..., p. 355 ; dans les doctrines anglaise et américaine : Kozolchik J., Commercial Letters of Credit in the Americas, New York, 1966, p. 281 ; Rapport américain Uncitral, A/CN 9/101 ; Gutteridge-Megrah, The Law of the Commercial Credits, London, 1966, p. 46 : « It is submitted that in no case, except fraud could a Bank be restrained from paying ».

194. OLG Frankfurt, 12 février 1974, W.M., 1974, 956.

195. Une décision relative cette fois au crédit documentaire refuse en des termes presque identiques l'injonction provisoire réclamée par l'acheteur. Il s'agit d'une décision du Landsgericht de Düsseldorf publiée in W.M., 1975, 67.

196. Harbottle Ltd v. Nat. Westminster Bank (1977), W.L.R., 752, Kerr J.

This was the rationale of the Francfort court and...

the English court in Harbottle Ltd v. National Westminster Bank (1977).

sance, les tribunaux laisseront aux commerçants le soin de régler leurs différends contractuels par recours aux tribunaux ou à l'arbitrage comme stipulé dans leur contrat. Les cours ne sont pas concernées par leurs difficultés à faire valoir leurs plaintes. En effet, les parties ont pris le risque d'une formulation inconditionnelle des garanties et dès lors, les engagements de la banque sont d'un niveau (level) différent. Ils doivent être honorés¹⁹⁷ en dehors de toute intrusion des cours. Autrement, le commerce international serait irrémédiablement atteint »¹⁹⁸.

34. Concluons :

- L'obligation du garant « à première demande » est complètement détachée de l'obligation du donneur d'ordre. Le garant est tenu nonobstant la bonne exécution par le donneur d'ordre de ses engagements : il n'a pas à examiner le bien-fondé de la réclamation du bénéficiaire et ne peut faire valoir aucune exception tirée du contrat entre lui, garant, et le donneur d'ordre.

197. Nous retrouvons ici la principale préoccupation des banques : ne pas déshonorer leur signature (cf. *supra* n° 5 *in fine*). A cet égard, lire le commentaire de D. Shirring à propos de ces décisions, paru dans *Meed*, 2 décembre 1977, p. 14.

198. Le lecteur se référera aux attendus de trois autres jugements, moins complets certes, mais basés sur les mêmes principes.

— Ainsi, dans le jugement déjà cité de la Cour d'appel de Londres, *Edward Owen v. Barclays Bank Int. Ltd* (1977) 3 WLR, 764, Lord Denning fait remarquer : « une banque qui délivre une performance-garantie doit honorer cette garantie en accord avec ses termes. Elle n'est pas concernée par les relations entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, ni par la question de l'exécution ou de la non-exécution par le donneur d'ordre de ses obligations contractuelles. La seule exception est le cas de fraude évidente dont la banque a connaissance.

— Même remarque à propos du *Howe Richardson Case* (1978), (Lloyd's Rep., 161, Court of appeal) où le juge Roskill affirme « Selon moi, il serait erroné pour la Cour d'interférer avec le droit apparent du bénéficiaire de réclamer sur base de cette garantie le paiement de la banque, parce qu'en faisant de la sorte vous placeriez la banque dans l'obligation de rechercher si oui ou non il y a eu exécution des obligations du vendeur conformément au contrat de vente ».

Ces deux décisions anglaises sont commentées par M. Elland-Goldsmith (Performance Bonds in the English Courts, *D.P.C.J.*, 1978, pp. 151 et ss.). Elles peuvent être utilement rapprochées de décisions parallèles en matière de crédit documentaire (cf. déjà *supra* n° 28, mais aussi *Discount Records Ltd v. Barclays Bank Ltd* (1975), 1, All.E.R., 1071 et *British Imex Ind. v. Midland Bank* (1958), 1, QB, 546).

— Enfin la Supreme Court of Pennsylvania dans l'affaire *Intraworld v. Girard* rejette de même l'injonction demandée par l'exportateur au motif que « ce serait placer l'émetteur (de la lettre de garantie) dans une position intolérable si la loi l'obligeait à se comporter comme un arbitre du contrat et des disputes entre exportateur et bénéficiaire. »

In conclusion, therefore, the obligation of the guarantor in connection with a first demand indemnity is distinct from the obligation of the principal. The guarantor may not invoke defenses of the principal contract or examine the merits of the demand...

- Doit seul faire exception le cas où l'appel manifestement abusif va à l'encontre de la règle de bonne foi applicable au contrat de garantie comme à tout autre contrat. Dans une telle hypothèse, le donneur d'ordre peut demander au juge d'enjoindre au banquier de ne pas payer¹⁹⁹.

except in cases where the fraud is manifest.

35. Le garant qui a payé et dont la responsabilité ne peut être invoquée a théoriquement deux recours possibles : celui contre son client et celui contre le bénéficiaire dans la mesure où ce dernier a fait un appel abusif à la garantie sans que cependant cet appel soit manifestement abusif²⁰⁰.

Once the guarantor pays, it has theoretically only two possible recourses : against either the principal or the beneficiary (abusive demand).

Entre ces deux recours, il est bien évident que le garant choisira celui contre son client. En effet, ce recours a lieu devant les juridictions nationales²⁰¹ et, comme nous le verrons immédiatement, ne présente aucune difficulté particulière. C'est ainsi que le garant n'a pas à se soucier du bien-fondé ou non de l'appel à la garantie.

The guarantor normally seeks indemnity from the principal in the national courts. This action does not present any particular difficulty.

c. Les recours du garant

Cette présentation théorique de la question du recours du garant n'est cependant pas satisfaisante : elle omet l'existence en pratique d'une assurance. Or, précisément,

In practice, however, the recourse chosen is determined by the insurance which was taken out.

199. Il est évident que la banque qui effectuerait un tel paiement malgré l'injonction du juge l'accomplirait alors sous sa seule responsabilité. A cet égard, la clause exigée par le gouvernement du Koweït nous apparaît non valable. « Dans l'hypothèse d'une ordonnance judiciaire ou de toute autre action légale, ou de la mise en application d'une loi ou d'une ordonnance émanant d'une autorité gouvernementale et qui retiendrait, empêcherait notre banque — en qualité de contre-garant — de vous payer, la présente lettre serait immédiatement et automatiquement convertie en une obligation directe de notre banque envers vous, comme si notre banque était à tous égards, votre obligé principal d'une dette en espèces couvrant le montant mentionné ci-dessus ».

Une telle clause qui obligerait la banque à aller à l'encontre de la décision de ses propres juridictions nationales doit être tenue pour nulle.

Les banques anglaises refusent désormais d'accorder des garanties au gouvernement lybien qui exige aussi une telle clause. (A ce propos *Whelam J., Libyan Bond Requirements Worry U.K. Banks, Meed*, 2 septembre 1977).

200. Si la fraude était manifeste et devait être connue du banquier, la responsabilité de ce dernier serait engagée (voir *supra* n° 29, note 171).

201. Rappelons que bien souvent par contre le droit applicable au contrat de garantie est celui du pays du bénéficiaire.

la question du recours du garant dépend au premier chef de la formule d'assurance souscrite. Deux formules sont en effet possibles :

If the insurance policy was subscribed by the principal, the guarantor's recourse will be against the principal. If the policy was subscribed by the guarantor with a mutual company or a quasi-state export insurance company, the insurer will pay and may sue the beneficiary.

- soit l'assurance est souscrite par le donneur d'ordre de la garantie lui-même. Ce dernier entend en effet s'assurer contre les risques d'appel abusif à la garantie²⁰² ;
- soit l'assurance est prise par le garant auprès d'une société de caution mutuelle²⁰³ ou auprès d'un organisme d'Etat ou parastatal qui a précisément pour fonction de garantir les opérations à l'exportation.

Le choix de l'une ou l'autre formule détermine la solution à la question de recours :

- dans la première hypothèse, le recours du garant contre son client est encore facilité. L'intervention de l'assurance de ce dernier rend pratiquement inutile l'étude du recours éventuel du garant contre le bénéficiaire ;
- la seconde hypothèse, à l'inverse, réactualise la question d'un éventuel recours de l'assureur subrogé au garant contre le bénéficiaire qui a appelé abusivement la garantie.

The tendency in most countries is for the insurance company to recover from the beneficiary.

Dans la plupart des pays, on note une tendance à passer de la première formule à la seconde. Ainsi, le système belge basé sur une assurance prise par l'exportateur auprès de l'Office national du Ducroire (OND) évolue vers un système de garantie directe de l'OND aux organismes qui se sont portés garants²⁰⁴.

202. L'assurance dite des « cautions à l'exportation » et qui comprend à la fois la couverture des cautions *stricto sensu* et celles des garanties, dites aussi « cautions inconditionnelles » pose la question de l'évaluation du risque. Cette évaluation est particulièrement difficile pour les garanties à première demande. C'est pour cette raison que l'Office national du Ducroire refusa, du moins dans un premier temps, de couvrir les « cautions à l'exportation » (Bulletin *Contact*, juin 1970, pp. 7 et ss.).

203. Un projet français de 1976 aurait envisagé la mise sur pied d'une telle société de caution mutuelle, composée pour moitié de compagnies d'assurances et de banques. En Belgique, le Ducroire avait initialement repris le même projet mais semble devoir l'abandonner aujourd'hui. Sur les projets belge et français, lire le bulletin de janvier 1978 de la Revue *Contact*, pp. 9 et ss.

204. Ce système de garantie directe est pratiqué par la N.C.M. hollandaise et l'E.C.G.D. anglaise, organismes parallèles au Ducroire belge. C'est, d'ailleurs, vers l'instauration du système de garantie directe que s'oriente actuellement le Ducroire belge (voir à ce propos, le bulletin *Contact* déjà cité, pp. 1 à 13 et l'article de M. Glibert, Le Ducroire, assureur des cautions, *Echo de la Bourse*, La Banque dans le monde, 1977, pp. 31 et ss.).

Cette remarque préalable faite, envisageons les recours dont le garant belge dispose actuellement, c'est-à-dire dans le cadre d'une assurance prise par son client.

1. Le recours du garant contre son client

36. Nos remarques précédentes²⁰⁵ sur la distinction entre cautionnement et garantie conduisaient à exclure toute application automatique à la garantie des règles sur le cautionnement et, notamment, celle sur la subrogation²⁰⁶. Le garant ne paie pas toujours la dette du débiteur principal²⁰⁷.

En pratique, le garant, lorsqu'il est une banque, débitera d'office le compte du client comme ce dernier l'y a irrévocablement autorisé²⁰⁸. A défaut d'une provision suffisante sur le compte, il réalisera les sûretés et privilèges attachés à l'ouverture de crédit consentie au client.

37. Quant au client débité, « l'OND couvre les pertes²⁰⁹ résultant d'une saisie illégitime ou qui trouveraient leur cause dans un fait politique... Quand il y a doute sur la cause de la saisie, notamment quand le débiteur invoque à l'appui de sa saisie une faute de l'exportateur et que cette allégation ne paraît pas indiscutablement dénuée de tout fondement et ne peut être rejetée *a priori*, l'Office a

What recourse does a Belgian guarantor have at the present time where the insurance is subscribed by the principal.

The guarantor's recourse against the principal excludes applying the rules applicable to guarantees, in particular, those pertaining to subrogation.

If the guarantor is a bank, it can debit the principal's bank account in accordance with an irrevocable authorization previously executed or foreclose on the guarantees given by the principal or eliminate its credit privileges.

Where the Belgian Office of Ducroire covers the risk of the bank, Ducroire has the right to condition indemnization on a legal

205. Voir *supra* n° 19.

206. En doctrine, les deux positions sont défendues : en faveur de l'application de la subrogation à la garantie, Von Caemmerer E., *Bankgarantien...*, p. 306 ; Projet CEE, repris de l'étude IMP, *Le droit du cautionnement...*, p. 81 ; Canaris K.W., *Bankvertragsrecht*, Anm. 528 ; Hartley, *Le droit du cautionnement...*, p. 115 ; Pour l'Italie, les références citées par Käser J., *Das Garantieverprechen...*, p. 629... *Contra*, Le rapport hongrois (A/N 9/45, p. 8) et général (A/CN 9/20, p. 18) ; Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, p. 223 ; Soergel-Siebert, *BGB Komm.*, Vorb. 36 vor § 765 BGB ; Finger P., *Formen und Rechtsnatur...*, n° 5 ; Schönle H., *Bank und Borsenrecht*, § 28, II, 1 ; Kleiner B., *Die Abgrenzung...*, p. 83 ; et un vieil arrêt de jurisprudence allemande RG 19-10-1909, RGZ., 72, 138 et ss.

207. Il pourrait éventuellement après démonstration du bien-fondé de l'appel à la garantie se retourner sur base de l'article 1251, 3° (subrogation de plein droit).

208. Voir le modèle de demande de caution repris par J.-P. Wattiez, *Le cautionnement bancaire*, p. 176. « Comme vous pouvez être appelés à verser le montant de votre caution sur simple réquisition de ... sans aucune justification de la somme réclamée, il est bien entendu que, sur simple avis qu'un versement partiel ou total vous est réclamé, nous aurons à vous en rembourser immédiatement le montant et nous vous autorisons dès à présent, si vous y avez convenance, soit à débiter notre compte... ». Signalons en outre la pratique bancaire de faire signer tous les actes de garantie par leurs clients.

209. La quotité garantie est de 95 ou 85 %.

or arbitral decision and eventually the right to subrogate itself so as to bring an action against any beneficiary which fraudulently demanded payment of the guarantee.

Because either the demand for the guarantee is legitimate and there is no grounds for an action or the guarantor prefers to seek indemnity from the principal, an action by the guarantor against the beneficiary is rare.

Nevertheless, if the demand is manifestly fraudulent, most legal writers admit that the guarantor has its own right and may initiate an action against the beneficiary.

toujours le droit, conformément à une disposition fondamentale de sa police, d'« exiger, avant de faire droit à la demande d'indemnisation, que la contestation soit vidée par une décision de justice ou une sentence arbitrale »²¹⁰.

Ainsi donc, toute demande abusive²¹¹ de la garantie est couverte par l'Office national du Ducroire qui, éventuellement, se subrogera aux droits de son assuré pour recourir contre le bénéficiaire malhonnête de la garantie²¹².

2. Le recours du garant²¹³ contre le bénéficiaire

38. Rappelons que le recours du garant contre le bénéficiaire reste actuellement une hypothèse rare pour deux raisons :

- soit l'appel à la garantie est légitime et nul recours n'est envisageable alors contre le bénéficiaire,
- soit l'appel est illégitime et le garant préférera se retourner contre son client. Dans ce cas, il obtiendra d'autant plus facilement satisfaction qu'il aura exigé que le client soit assuré contre un appel illégitime.

L'hypothèse ne couvre donc que les rares cas où l'appel est illégitime et où aucune couverture n'existe chez le client.

Dans une telle hypothèse, la doctrine admet quasi-unanimement²¹⁴ que le garant puisse se retourner contre le bénéficiaire en vertu d'un droit propre²¹⁵ lorsque l'appel

210. *Bulletin*, n° 35, pp. 5 et 6.

211. Il ne s'agit pas, dans ce cas, de demande « manifestement » abusive.

212. La pratique ne connaît encore aucun cas de recours de l'Office contre le bénéficiaire.

213. Ou de son « subrogé », ce qui serait le cas de l'OND dans l'hypothèse où celle-ci garantirait directement la banque (cf. *supra* n° 35, notes 202 et 204).

214. A cet égard, lire Pleyer K., *Die Bankgarantien...*, p. 18 ; Auhagen U., *Der Garantie einer Bank...*, pp. 58 et 77 ; Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, p. 248 ; *contra*, Von Caemmerer E., *Bankgarantien...*, p. 302.

215. En effet, rappelons (*supra*, n° 29, note 171) que c'est en vertu du contrat de garantie lui-même, que le banquier doit refuser le paiement puisque le bénéficiaire, par cette demande manifestement abusive, agit à l'encontre du sens même de la garantie, qui est simplement de faciliter la satisfaction du bénéficiaire en le dispensant de la preuve du bien-fondé de sa demande mais ne peut avoir pour signification même les cas où la fraude est manifeste.

à la garantie était manifestement abusif. Dans un tel cas, le client peut en effet refuser le paiement au garant²¹⁶.

39. Au-delà de cette hypothèse « exceptionnelle », certains²¹⁷ sont d'avis que le garant a un droit de recours propre dès que la saisie de la garantie est illégitime. L'argument développé est le suivant : le paiement de la banque à première demande du bénéficiaire se ferait sous la condition tacite que le fait soumis à garantie se soit effectivement produit.

La vérification par la suite du bien non-fondé de l'appel à la garantie entraînerait donc pour le garant le droit de se retourner contre le bénéficiaire²¹⁸.

« La construction ainsi esquissée a ses faiblesses. Elle va à l'encontre du sens même de l'opération de garantie : les banques, lorsqu'elles paient sur base d'une garantie « à première demande », n'ont pas le sentiment d'agir « sous réserves »...

L'opération de garantie doit après le paiement au bénéficiaire être considérée par la banque comme définitivement close. Tout différend entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire doit être réglé entre eux en-dehors de la banque »²¹⁹. Ce dernier argument déjà invoqué pour refuser le recours de la banque contre le bénéficiaire du crédit

Other legal writers contend that this right exists even where the demand is not manifestly fraudulent because payment of the guarantee implies that the conditions warranting payment have been met.

If they have not been met, the guarantor has a basis for an action against the beneficiary.

Certain legal writers (eg, Zahn, Portale) deny that this right exists given that the guarantor's obligation is to pay and it does not have the right to become involved in disputes between the principal and the beneficiary. This is the same argument used to refuse banks recourse in letter of credit situations and

216. Cf. *supra* n° 29.

217. Auhagen U., *Der Garantie...*, pp. 77 et ss. ; Schönle H., *Bank und Borsenrecht*, p. 311 ; Bär Th., *Zum Rechtsbegriff...*, p. 60.

218. C'est aussi l'opinion de Fragali, *Il richiamo a norme dell'avallo...*, *B. Borsa e Tit. e Cred.*, 1967, I, 313, qui interprète la « fideiussione-avallo » comme une obligation de paiement immédiat sous réserve de recours (clause solve et repete).

219. Zahn J., *Zahlung und Zahlungssicherung*, p. 250 ; dans le même sens, Portale G.B., *Fideiussione e Garantievertrag...*, p. 1074 ; Pleyer K., *Die Bankgarantien...*, p. 18 ; Kübler Fr., *Feststellung und Garantie*, p. 188 ; Von Caemmerer E., *Bankgarantien...*, p. 302. On peut se demander dans quelle mesure Heenen n'adopte pas la même solution lorsqu'il écrit : « Une telle garantie n'a rien à voir avec un cautionnement. Elle est comparable à l'engagement assumé par l'accepteur d'une lettre de change » (*Les sûretés personnelles...*, p. 162). La jurisprudence confirme ce point de vue : voir notamment Paris 2 juin 1967, *Rev. Jur. comm.*, 1967, 709 ; Rennes, 11 juillet 1978, inédit ; *Edward Owen v. Barclays Bank Ltd* (1977), 3, *WLR*, 764 ; Trib. civ. l'Aquila 28 mai 1966, *Arch. Resp. civ.*, 1966, 855.

absolute indemnities. The author questions the applicability of this argument to indemnities requiring the beneficiary to produce documents showing that damage has occurred.

documentaire²²⁰ est certes pertinent dans le cas d'une garantie pure. On peut cependant se demander si le même raisonnement est applicable lorsque la banque demande au bénéficiaire la présentation de certains documents tendant à prouver l'effective arrivée du dommage²²¹.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES ET ARTICLES

- Auhagen U.: Der Garantie einer Bank « auf erstes Anforden » zur zahlen. *Thèse*. Polycopié. Wuppertal, 1966.
- Bar T.: Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft. *Thèse*. Polycopié. Zurich, 1963.
- Bergstrom S.: Garantieverträge im Handelsverkehr in Garantieverträge im Handelsverkehr (Bergström-Schultsz-Käser, éd.), A. Metzner, Frankfurt/M., 1972.
- Boetius J.: Der Garantievertrag. *Thèse*. Polycopié. München, 1966.
- Caemmerer E. (von): Bankgarantien im Aussenhandel, in *Festschrift für O. Riese*, CF. Müller, Karlsruhe, 1964, 295.
- Canaris K.W.: Bankvertragsrecht. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1975.
- Christopelt J.: Hermes Deckungen. C.H. Beck, München, 1968.

220. La question du droit de recours de la banque contre le bénéficiaire du crédit documentaire est tout aussi controversée. Il est à noter que l'article 3, al. 3, des Règles et Usances en matière de crédit documentaire stipule que « les traites émises dans le cadre d'un crédit documentaire seront négociables sans recours contre le tireur. Se prononcent :

— contre le recours de la banque, Molle G., I contratti bancari, p. 598 ; Stoufflet J., Le crédit documentaire, p. 365, et la jurisprudence citée ; Gutteridge et Megrah, The Law of Banker's Commercial Credits, 3^e éd. 1962, London, pp. 57 et 58, etc.

— pour le recours de la banque : Epschtein-Bontoux, Sécurité et précarité du crédit documentaire, Paris, pp. 188 et ss.

221. De même à propos de l'« Effektivklausel ». Sur ces clauses et leur signification, voir *supra* n° 21 et 22.

- Contact (*Bulletin d'information de l'office national belge du dueroire*) : n° 24, janvier 1970, pp. 96 à 99 ; n° 25, juin 1970, pp. 7 et 8 ; n° 35, janvier 1978, pp. 3 à 13.
- Curtis-Bennett : Guarantee and Indemnity, in *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 20, Butterworths, London, 1975.
- Dow P.: Guarantee and Indemnity, in *Halsbury's Laws of England*, 3^e éd., vol. 18, Butterworths, London, 1957.
- Dubisson M.: Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution. *D.P.C.I.* 1977, 3, 423.
- Eisemann F.: Arbitrage et garanties contractuelles. Exposé au IV^e Congrès intern. de l'arbitrage, Moscou, 3-6 oct. 1972, *Revue de l'Arbitrage*, 1972, 379.
- Elland-Goldsmith M.: Performance Bonds in the English Courts. *D.P.C.I.*, 1978, 4, 151.
- Epschtein S.: La garantie dans le crédit documentaire. *Banque*, 1972, 396.
- Favara E.: Fideiussione di obbligazione principale invalida e valida della clausola che estende la garanzia fideiussoria anche a tale ipotesi, *Econ. e Cred.*, 1974, 936.
- Finger P.: Bankgarantien und deutsches Internationale Privatrecht. *AWD*, 1969, 15.
- Finger P.: Formen und Rechtsnatur der Bankgarantien. *B.B.*, 1969, 209.
- Fragali M.: Il richiamo a norme dell'avallo nel regime convenzionale della fideiussione. *Banca Borsa e Tit. di Cred.*, 1967, 1, 313.
- Garone G.: Riflessioni sui tratti caratteristici della garanzia bancaria nella pratica contrattuale. *Banca Borsa e Tit. di Cred.*, 1978, 1, 472.
- Gillieron P.: Les garanties personnelles en matière bancaire, 2^e éd. Droz, Genève, 1969.
- Goldin-Taylor : Bonds in *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 12. Butterworths, London, 1975.
- Gutteridge-Megrah : The Law of Banker's Commercial Credits, 5^e éd. Butterworths, London, 1976.
- Harfield H.: Bank Credits and Acceptances, 5^e éd. Ronald Press, New York, 1976.
- Hartley T.-C.: Le droit du cautionnement et de la garantie dans le Royaume-Uni et en Irlande. *Travaux CEE*, Série concurrence, n° 28, Bruxelles, 1976.
- Heenen J.: Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge, in *Recueil de la société Jean Bodin*, T. XXX, Les sûretés personnelles, *Librairie Encyclopédique*, Bruxelles, 1969, 153.
- Jackson L.: Contract Guarantees abroad, Notes of Banker's Role. *Journal of Institute of Bankers*, 1958, 79, 100 et 304 ; 1959, 80, 40.
- Käser J.: Garantieverprechen als Sicherheit im Handelsverkehr in Garantieverträge im Handelsverkehr (Bergström-Schultsz-Käser, éd.). A. Metzner, Frankfurt/M., 1972, paru aussi in *Rabels Z.*, 1971, 600.
- Kemmer-Radlinger : Technik der Aussenhandelsfinanzierung, 3^e éd. F. Knapp, Frankfurt/M., 1972.
- Kleiner B.: Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen mit besonderer Berücksichtigung des Bankgarantieggeschäftes, 2^e éd. *Schulthess Polygraphischer*, Zurich, 1972 (3^e éd., 1979).
- Kleiner B.: Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und Unwiderrufliche Akkreditiven. *S.J.Z.*, 1976, 353.
- King-Page D.: Debate on Export Indemnities. The Underwriter's Point of View. *The Banker*, 1950, 114.
- Kopelmanas L.: Les garanties bancaires de bonne fin d'exécution de contrats internationaux de fournitures d'installations industrielles complètes, in *Festschrift für J. Bärman*. C.H. Beck, München, 1975, 553.
- Legreve S.: Garanties contractuelles. *Revue de la Banque*, 1973, 537.
- Lieseke W.: Rechtsfragen der Bankgarantie, *W.M.*, 1968, 22.

- Lison F. : La lettre de garantie et les milieux anversois. *Revue de la Banque*, 1958, 284.
- Lison F. : Lettres de garantie abusives. *Revue de la Banque*, 1957, 777.
- Lison F. : Lettres de garantie et jurisprudence récente. *Revue de la Banque*, 1962, 444.
- Marschall von Bieberstein W. : Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr in Dokumentenakkreditiv und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr (Horn, Marschall, Rosenberg, Pavicevic, éd.). A. Metzner, Frankfurt/M., 1977, 27.
- Marwijk Kooij B. (van) : Contract Guarantees. *N.J.B.*, 1978, 991.
- Mattout J.P. : La délivrance des cautions de soumission dans les marchés internationaux à moyen et long terme. *Banque*, 1977, 419.
- Matray L. : L'arbitrage et le problème des garanties contractuelles. *Revue de la Banque*, 1974, 203.
- Max Planck Institut (Hamburg) : Le cautionnement dans le droit des pays membres de la Communauté Européenne. *Travaux CEE*, Série concurrence, n° 14, Bruxelles, 1971.
- Meznerics L. : Guarantees and other Securities in international Trade, in *Questions of International Law*, Budapest, 1971, 105.
- Oftinger K. : Ueber Bankgarantien, *S.J.Z.*, 1941, 38, 58.
- Pabbruwe H.J. : Een bijzondere bankgarantie. *W.P.N.R.*, 1979, 5471.
- Pavicevic B. : Bankgarantien im Jugoslawischen Recht in *Dokumentenakkreditiv und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr* (Horn-Marschall-Rosenberg-Pavicevic, éd.). A. Metzner, Frankfurt/M., 1977, 57.
- Pleyer K. : Die Bankgarantien im zwischenstaatlichen Handel. *W.M.*, 1973, Sonder Beilage, n° 2.
- Portale G.B. : Fideiussione e Garantiavertrag nella prassi bancaria, in *Le operazioni bancarie* (G.B. Portale, éd.). *Giuffrè*, Milano, 1978, T. II, 1035.
- Portale G.B. : Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria. *Ju S.*, 1977, 3.
- Ravazzoni A. : Nuove riflessioni cauzioni fideiussorie. *Assic.*, 1973, 543.
- Ravazzoni A. : Le c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie, in *Le operazioni bancarie* (G.B. Portale, éd.). *Giuffrè*, Milano, 1978, T. II, 1035.
- Reichwein H. : Bankgarantie und Bürgschaft. *S.J.Z.*, 1956, 52, 374.
- Reusser S. : Der Garantiavertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und anderen Sicherungsverträgen nach schweizerischen Recht. (Thèse, Berne). *Merkur A.G.*, Langenthal, 1938.
- Saleh H. : Letters of Guarantee, Rules and Regulations - Unification Scheme, édité par le comité Irakien de la CCI, Bagdad, mai 1973.
- Scheuermann E.K. : Bedeutung und Ausgestaltung des Anzahlungsavals. *AWD*, 1959, 194.
- Schinnerer E. : Bankverträge, T. II, 2° éd., *Universität Buchhandlung*, Wien, 1966 (3° éd., Wien, 1978).
- Schinnerer E. : Neue Wege zur Regelung der Bankgarantie, in *Festschrift für H. Hämmerle. Leykam*, Graz, 1972, 311.
- Schinnerer E. : Garantie oder Bürgschaft. *Ost. Bank-Archiv*, 1972, 439.
- Schönle H. : Bank und Borsenrecht, 2° éd. *C.H. Beck*, München, 1976.
- Schroder G. : Staatliche Ausführgarantien und Ausführbürgschaft. *ZKW*, 1973, 26, 664.
- Schultsz J.C. : Sureties in the commercial World, in *Garantiaverträge im Handelsverkehr* (Bergström-Schultz-Käser, éd.). A. Metzner, Frankfurt/M., 1972.
- Stammler R. : Der Garantiavertrag. *Arch. für die civil Praxis*, 1886, 69, 1.
- Stotter V. : Das Garantierversprechen, *D.B.*, 1971, 24, 2145.
- Stumpf H. : Bank Guarantees. *Rapport au 3° Congrès de l'arbitrage*, Istanbul, 1969, non publié.

- Stumpf H. : Frequent Abuses of Contract Guarantees and Attempts at remedying such Abuses, in *Liber Amicorum F. Eisemann. ICC Services*, Paris, 1978, 141.
- Stumpf H. : Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien (Bankgarantien) der Internationalen Handelskammer. *RiW/AWD*, 1979, 1.
- Uncitral : Preliminary Study of Guarantees and Securities as related to international Payments, A/CN - 9/20 (17-2-1969) avec Addendum 1 (4-3-1969) ; voir aussi A/CN - 9/45 (20-3-1970) avec Addendum 1 (25-3-1970) et A/CN - 9/101 (14-3-1975) avec Addendum 1 (1-4-1975).
- Van Rijn-Heenen : Principes de droit commercial, T. III. *Bruylant*, Bruxelles, 1957.
- Verkuil H. : Bank Solvency and Guarantee Letters of credit. *Standford L. Rev.*, 1973, 25, 716.
- Wattiez J.P. : Le cautionnement bancaire. *Sirey*, Paris, 1964.
- Zahn J. : Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel, 5° éd. *W. de Gruyter*, Berlin, 1976.

Note de l'auteur : Les notes adjointes au texte de l'article font le plus souvent l'économie d'une référence complète à l'article ou l'ouvrage mentionné. Le lecteur se référera donc à la bibliographie pour la référence complète.

II. DECISIONS

a) United Kingdom

1. RD Harbottle Ltd. v. National Westminster Bank Ltd. (1977), 3, *WLR*, 752 Kerr J.
2. Howe Richardson Scale Co Ltd. v. Polimex Cekop and National Westminster Ltd. (1978), 2, *Lloyd's Rep.*, 161.
3. Court of Appeal : Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd. (1977), 3, *WLR*, 734.

b) Etats-Unis

4. Intraworld Ind. Inc. v. Girard Trust Bank, 17 avril 1975, Sup. Court of Pennsylvania, 336 A 2d, 316 (1975).

c) France

5. Paris 2-6-1967, *Journ. des Agréés*, 1967, 709.
6. Paris 15-6-1973, *Journ. des Agréés*, 1973, 273.
7. Rennes 11-7-1978, inédit.
8. Paris 22-6-1978, *D.*, 1979, J., 259, observ. M. Vasseur.
9. Paris 8-12-1977, *D.*, 1979, J., 259, observ. M. Vasseur.
10. Paris 4-11-1978, *D.*, 1979, J., 259, observ. M. Vasseur.
11. Paris 28-9-1978, inédit.

N.B. : Le n° 8 (Paris 22-6-1978) a trait à une « garantie à première demande » émise dans le commerce national en faveur d'une administration publique.

d) Allemagne

12. LG Franckfurt, 27-3-1972 (inédit).
13. OLG Franckfurt, 12-2-1974, *W.M.*, 1974, 956 ; *BB*, 1974, 254.
14. LG München, 24-5-1971, *AWD*, 1972, 196.
15. LG Franckfurt, 16-10-1962, *NJW*, 1963, 450.

16. LG Franckfurt, 8-3-1977, *Aktiengesellschaft*, 1977, 322.
17. LG München, 1-8-1972 (inédit) repris par Kleiner, *Die Abgrenzung der Garantie...*, Zurich, 1972, 126.
18. OLG Hambourg, 4-11-1977, *AWD*, 1978, 615.

e) Italie

19. Cass., 3-9-1966, *Banca Borsa e Tit. di Cred.*, 1967, II, 38.
 20. Cass., 7-9-1968, *Assic.*, 1969, II, 123.
 21. Cass., 9-6-1975, *Giur. it.*, 1976, I, 632.
 22. Trib. Milan, 15-6-1978, inédit (repris à l'annexe 7, voir « Textes et Documents », p. 453).
- N.B. : Les deux derniers arrêts concernent des assurances-cautions à première demande émises dans le commerce national).

f) Autriche

23. Ost. Ob. Ger., 15-10-1964, *Jur. Bl.*, 1965, 262.
24. Ost. Ob. Ger., 6-10-1971, *Ost. Bank Archiv.*, 1973, 166.
25. Ost. Ob. Ger., 2-12-1975, *OGHE.*, 1975, n° 130.

g) Hollande

26. H.R., 14-12-1973, *NJB*, 1974, 347.

h) Arbitrage CCI

27. Affaire n° 1664 - Dalmia Current c/ N. Bank of Pakistan.
Cour d'arbitrage 431^e session, 15 mars 1972. Doc. n° 410/2038.
28. Affaire n° 2583 - Egramont Barcelone c/ Essydra.
Cour d'arbitrage 471^e session, 15 septembre 1976. Doc. n° 410/2195.
29. Affaire n° 1713 - Ingra c/ Eiffel.
Cour d'arbitrage 433^e session, 10 mai 1972. Doc. n° 410/2154.
30. Affaire n° 1598 - A.S. Atlas c/ Rodrapo et Red Sea Dvt Corporat.
Cour d'arbitrage 425^e session, 22 septembre 1971. Doc. n° 410/1999.
31. Affaire n° 1512 - Dalmia Current c/ National Bank of Pakistan.
Cour d'arbitrage 420^e session, 24 février 1971. Doc. n° 410/1935.
32. Affaire n° 2388 - Metallgesellschaft Aktiengesellschaft c/ Sig. A. Motosi.
Non encore arbitrée.